



Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Escola de
Lisboa

Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial

O DIREITO AO ESPECTÁCULO

-Em Especial, direito ao espectáculo desportivo

Orientação do Exmo. Senhor

Professor Mestre Evaristo Mendes

Maria Canas Botelho Moniz Dias

Aluna n.º 142713127

Lisboa, 26 de Junho de 2015

AGRADECIMENTOS

Um especial agradecimento ao Professor Mestre Evaristo Mendes pela sua orientação e atenção despendida, sem o qual a realização deste trabalho não teria sido possível. Foi uma honra tê-lo como orientador.

À Doutora Maria Antónia Pires de Almeida pelo total apoio e disponibilidade.

Agradeço também a todos os que contribuíram para o meu sucesso ao longo desta etapa.

ADVERTÊNCIAS

A presente dissertação está elaborada sem recurso à ortografia estatuída pelo novo Acordo Ortográfico.

Todos os endereços de sítios da internet foram visitados, pela última vez no dia 19 de Junho de 2015.

ABREVIATURAS

AACS- Alta Autoridade para a Comunicação Social

Ac./Acs. – Acórdão/Acórdãos

Al./Als. – Alínea/Alíneas

Art.º/Art.ºs – Artigo/Artigos

CC - Código Civil

CDADC – Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos

Cf. - Conferir

Cfr. – Confrontar

cit. – Citada(o)

CRP – Constituição da República Portuguesa

EJ – Estatuto do Jornalista

LBAFD – Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto

LT – Lei da Televisão

n.º/n.ºs – Número/Números

op. - Obra

p./pp. – Página/Páginas

ss. - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

UE – União Europeia

Vol. - Volume

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO.....	6
II. O ESPECTÁCULO	8
1. A NOÇÃO DE ESPECTÁCULO	8
2. O ESPECTÁCULO COMO RESULTADO DA ACTIVIDADE "EMPRESARIAL"	11
3. O ESPECTÁCULO COMO COISA INCORPÓREA.....	12
III. O DIREITO AO ESPECTÁCULO	14
1. CARACTERIZAÇÃO	14
2. FUNDAMENTO	15
3. FONTE	18
4. TITULAR.....	21
5. OBJECTO	25
6. CONTEÚDO	28
IV. LIMITES DO DIREITO AO ESPECTÁCULO	30
1. O DIREITO AO ESPECTÁCULO E O DIREITO À INFORMAÇÃO	30
2. O PRINCÍPIO DO ESGOTAMENTO	34
V. O DIREITO À IMAGEM	36
VI. DURAÇÃO DO DIREITO AO ESPECTÁCULO	39
VII. O DIREITO AO ESPECTÁCULO NO DIREITO COMPARADO.....	42
VIII. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO ESPECTÁCULO	49
IX. CONCLUSÕES.....	54
X. BIBLIOGRAFIA	57

I. INTRODUÇÃO

“O Direito ao Espectáculo”! O que é o direito ao espectáculo? Pode ser atribuído a alguém o direito de autorizar ou proibir futuros aproveitamentos de um espectáculo? Vamos tratar de um direito que não conhece nenhum regime jurídico próprio, nem se encontra expressamente previsto na lei, à excepção do direito ao espectáculo do empresário de representação cénica (art.º 117º do CDADC).

O direito ao espectáculo, enquanto realidade social dos dias de hoje, não pode continuar a ser ignorado. A inexistência de trabalho feito no que diz respeito a esta temática torna o seu tratamento desafiante não só pela sua originalidade relativamente aos demais assuntos que normalmente são tratados no âmbito dos direitos intelectuais e afins, mas também pela diversidade de problemas que suscita.

Para a elaboração da presente dissertação, decidimos centrar a nossa atenção, em especial, nos espectáculos de natureza desportiva¹. No entanto, sempre que se considere adequado faremos considerações de ordem mais geral, incluindo os espectáculos de índole artística, uma vez que em boa parte a análise será extensível a outros espectáculos.

O nosso tratamento consiste em verificar se existe ou não autonomia dogmática, jusautorais ou outra, do espectáculo, nomeadamente de um espectáculo desportivo em que não se avista qualquer indício de criação, interpretação ou execução de obras intelectuais.

De facto, considerando o fenómeno em geral, deparamo-nos com espectáculos que envolvem uma actividade intelectual criadora (caso dos espectáculos artísticos) e, como tais, protegidos pelo CDADC, e aqueles que não têm essa dimensão criadora, mas são o resultado da actividade empresarial em sentido lato (caso dos espectáculos desportivos), os quais carecem de protecção específica.

¹ Nas palavras de José Oliveira Ascensão, “Os espectáculos desportivos públicos dão-nos o caminho mais fácil de pesquisa. Porque só aí encontramos antecedentes úteis.” “O direito ao espectáculo”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 366, Lisboa, 1987, p. 41.

Neste trabalho, as questões a debater são as que se seguem.

Temos, em primeiro lugar, de encontrar o conceito da palavra espectáculo e definir as fronteiras que lhe são relevantes, aludindo à presença legislativa do mesmo no ordenamento nacional.

De seguida, procederemos à caracterização do espectáculo, que analisaremos, a partir do sistema jurídico em que se insere, qual o seu fundamento, objecto, conteúdo, quem são os seus titulares, os seus limites, a sua duração, e faremos uma referência a diferentes ordenamentos jurídicos de forma a encontrarmos o regime jurídico aplicável que possibilite determinar as suas condições de exercício.

Esperamos, no final do trabalho, ter contribuído para o melhor entendimento da problemática que se suscita à volta do direito ao espectáculo, e ter demonstrado que é urgente uma regulamentação legal do assunto.

II. O ESPECTÁCULO

1. A NOÇÃO DE ESPECTÁCULO

Em geral, define-se espectáculo como “aquilo que atrai os olhares, que prende, que chama a atenção”², ou a “exibição de qualquer trabalho artístico, manifestação desportiva ou divertimento, organizados de modo a atrair o grande público”³.

O objectivo de um espectáculo é divertir o público, causar no espectador entretenimento e distracção. A doutrina é unânime no sentido de que divertimento é um conceito mais amplo do que espectáculo. Espectáculo e divertimento público⁴ são duas noções que não se confundem, na medida em que, de acordo com a distinção mais frequente, “o divertimento público é o género de que o espectáculo (público) é uma espécie”⁵. Optámos por mencionar esta questão, mas não nos parece de relevo entrar na distinção entre espectáculo público e divertimento público, uma vez que não passa de uma questão meramente teórica e sem grande relevância, já que o nosso ordenamento jurídico os regula conjuntamente.

Quanto à expressão espectáculo público⁶, há quem os classifique ainda, segundo o já revogado art.º 2 n.º 2 do Decreto-Lei n.º 42 660, de 20 de Novembro de 1959, que delimitava os espectáculos públicos de forma negativa: “não são considerados públicos os espectáculos e divertimentos que se realizem sem fins lucrativos, no âmbito de uma família, para recreio dos seus membros e convidados, quer tenham lugar no próprio lar familiar, quer em recinto acidentalmente obtido para o efeito”. Assim, seriam públicos os restantes espectáculos.

² *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, Editorial Enciclopédia, Limitada, Vol. X, Lisboa-Rio de Janeiro, 1999, p. 228.

³ *Enciclopédia Luso-Brasileira da Cultura*, Editorial Verbo, Vol. 7, Lisboa, 1998, p. 1176.

⁴ Actualmente o Decreto-Lei n.º 315/95 de 28 de Novembro, (Regime Jurídico apenas dos Espectáculos de Natureza Artística), regulamenta o regime geral dos “espectáculos e divertimentos públicos.

⁵ Ambos têm como fim o divertimento. José Augusto Garcia Marques, “Desporto, Estado e Sociedade Civil – à volta de alguns temas de direito desportivo”, *Sub Judice*, n.º 8, Coimbra, 1994, p. 28.

⁶ Os espectáculos privados não entram no nosso campo de análise.

Importa, no entanto, procurar um conceito de espectáculo mais preciso, do ponto de vista jurídico. A lei fornece-nos aqui um importante apoio.

Assim, na Lei 28/2011, de 16 de Junho (que altera a Lei 4/2008, de 7 de Fevereiro), podemos encontrar a definição do termo espectáculo público, aplicável ao regime laboral e ao regime de segurança social dos contratos de trabalho dos profissionais de espectáculo. Lê-se no art.º 1º-A, que contém um conjunto de definições:

Para os efeitos da presente lei entende-se por:

- a) *«Espectáculo ou evento cultural público» as manifestações artísticas ligadas à criação, execução e interpretação que se realizem perante o público e ainda que se destinem a gravação e a transmissão para posterior difusão pública, nomeadamente em teatro, cinema, radiodifusão, televisão ou outro suporte audiovisual, Internet, praça de touros, circo ou noutro local destinado a actuações ou exposições artísticas(...).*

Parece-nos ainda um conceito vago, já que não apresenta um critério homogéneo nem abrange o desporto. Precisamos, por isso, de outros contributos, nomeadamente os trazidos pela doutrina.

No conhecido Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 17/93⁷, encontramos uma noção de índole descritiva, segundo a qual «o conceito de “espectáculo” traduz em geral a ideia de uma representação - artística, teatral, cinematográfica, musical, televisiva, desportiva - destinada a ser motivo de divertimento, independentemente da sua estrutura e fins acessórios, à qual o público assiste passivamente e cujo desenvolvimento é apreendido só pela vista ou, conjuntamente, pela vista e pelo ouvido».

Alberto Sá e Mello, por sua vez, afirma que “(...) espectáculo é todo o evento que suponha organização segundo um plano preestabelecido, quer envolva ou não

⁷ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/d5da082e5232b5e88025661700420ee3?OpenDocument>

figuração de participantes que o interpretam, aberto ao acesso público e que seja susceptível de fixação/gravação em suporte material e de comunicação pública”⁸.

Para José da Costa Pimenta, a “(...) noção jurídica de espectáculo apresenta-o como uma coisa imaterial (incorpórea), destinada a simultâneo e imediato desfrute visual e/ou auditivo de um conjunto de terceiros a que se chame público (espectadores e/ou ouvintes), para recreio destes a título gratuito ou oneroso. Nela se compreendem, pois, as sessões de teatro, cinema, bailado, circo e variedades, as audições musicais, as competições desportivas, as touradas, etc...”⁹.

Expostas algumas noções de espectáculo, importa identificar certos elementos que se apresentam dispensáveis para qualificar certo evento como espectáculo.

Assim, não são relevantes para a definição os seguintes: o pagamento ou não para assistir ao espectáculo e a exigência de inclusão de conteúdos protegidos pelos direitos de autor¹⁰.

Por último a noção de espectáculo que acolhemos, sendo aquela que teremos em geral em vista na exposição que se segue, é a seguinte: *espectáculo é todo o evento que suponha organização segundo um plano preestabelecido, orientado para ser recebido pelo público de forma presencial ou através de outra via (em especial a radiodifusão), com o intuito do seu recreio e satisfação, podendo ser desfrutado pela visão ou simultaneamente pela visão e audição, a título gratuito ou oneroso.*

⁸ Alberto Sá e Mello, “Filmagem de espectáculos desportivos e ‘direito de arena’”, Separata da *Revista Jurismat*, nº1, Portimão, 2012, p. 187.

⁹ José da Costa Pimenta, “Propriedade do Espectáculo e Liberdade de Acesso às Fontes de Informação”, *Polis, Revista de Estudos Jurídico-Políticos*, Lisboa, Ano 1, n.º 1, Outubro-Dezembro, 1994, pp. 56 e 57.

¹⁰ Cf. Mafalda Sebastião, *O Direito do Produtor de Espectáculos*, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2011, pp. 36-41.

2. O ESPECTÁCULO COMO RESULTADO DA ACTIVIDADE “EMPRESARIAL”

Como já pudemos observar, a denominação “direito ao espectáculo” pode ser duvidosa. Pode parecer estar em causa tanto um direito à organização e realização, como o acesso aos espectáculos. Trataremos neste ponto uma breve aproximação ao espectáculo no sentido de empreendimento.

Na origem de cada espectáculo está uma prestação empresarial em sentido lato, atinente tanto à liberdade profissional (art.º 47º n.º 1 da CRP), como a liberdade de iniciativa empresarial e económica (art.º 61º da CRP), as quais têm implícito o aproveitamento por cada um dos resultados do seu trabalho¹¹.

Nesta medida e na senda de Oliveira Ascensão, pode afirmar-se que o espectáculo é tipicamente o resultado de uma actividade empresarial, utilizando esta expressão num sentido muito amplo, coincidente com o de actividade produtiva, criadora de riqueza¹². Afirmo o autor que “há que assegurar contribuições várias para uma finalidade única. Quem tem o domínio do conjunto é o empresário. Só a ele é reconhecido o direito de exclusão em relação à transmissão de espectáculo”. Efectivamente “a empresa que monta um espectáculo – e empregamos empresa em sentido amplo, assente na noção de empreendimento – corre sempre um risco. O empreendimento é custoso, por isso salvo havendo financiamento de origem diversa, o acesso não é gratuito”¹³.

Com efeito, quem tome a iniciativa de organizar um evento de que dependa a participação (activa ou passiva) de espectadores, é responsável juridicamente pelos possíveis danos que resultem da sua iniciativa. “Esta responsabilidade resulta dos deveres fundamentais de diligência, informação e vigilância, a seu cargo, enquanto organizador”¹⁴.

¹¹ Cfr. Evaristo Mendes, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2010, Anotação XXX ao art. 61º, p. 1214.

¹² Sobre estes conceitos, cfr. Evaristo Mendes, op. cit. (nota 11), pp. 1182 e ss, e 1211 e ss.

¹³ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 1), pp. 49-51.

¹⁴ Cfr. “Parecer 17/93 da Procuradoria Geral da República”, *Pareceres do conselho consultivo da Procuradoria-Geral da República sobre direito desportivo: colectânea de textos*, Ministério da Educação, 1994, p.312.

Se assim o é, também devem pertencer ao organizador, sob pena de enriquecimento sem causa de terceiros beneficiários, os benefícios patrimoniais proporcionados pelo resultado da sua acção. Tem de existir esta protecção para que haja quem se disponha a promover a realização de espectáculos.

Noutros termos, se o espectáculo é o resultado do espírito empreendedor de alguém (de uma actividade empresarial em sentido lato com o risco e custos inerentes), deve estar abrangido pelo princípio de apropriação privada implícito na liberdade de empresa e de aproveitamento económico dos frutos do trabalho. Trata-se então, de uma manifestação daquilo que se pode designar “propriedade empresarial” ou mais rigorosamente “propriedade produtiva”.

3. O ESPECTÁCULO COMO COISA INCORPÓREA

Ensaíamos agora uma breve aproximação à inserção do espectáculo no domínio dos conceitos e categorias jurídicas, recorrente ao conceito de coisa.¹⁵

José da Costa Pimenta afirma que, “como todos os bens imateriais, o espectáculo possui o dom da ubiquidade, isto é, pode ser desfrutado plena e simultaneamente por distintas pessoas”¹⁶.

O espectáculo como coisa pode ser objecto de relações jurídicas, nos termos do art.º 202º do Código Civil¹⁷. Antes sequer de concluirmos se existe ou não direito ao espectáculo enquanto direito conexo (direito de propriedade intelectual), podemos verificar que o espectáculo é objecto da relação jurídica estabelecida no art.º 117º¹⁸ do CDADC¹⁹.

¹⁵ Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Lex Editora, Lisboa, 1993, p.191.

¹⁶ José da Costa Pimenta, op. cit. (na nota 9), p. 57

¹⁷ Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), p. 42.

¹⁸ “Artigo 117- Transmissão, reprodução e filmagem da representação: Para que a representação da obra, no todo ou em parte, possa ser transmitida pela radiodifusão sonora ou visual, reproduzida em fonograma ou videograma, filmada ou exibida, é necessário, para além das autorizações do empresário do espectáculo e dos artistas, o consentimento escrito do autor”.

¹⁹ José da Costa Pimenta, op. cit. (na nota 9), p.58.

Do ponto de vista jurídico, o espectáculo é uma coisa incorpórea²⁰, tendo sede na teoria das coisas imateriais, incorporais ou incorpóreas²¹. É sem dúvida uma noção de espírito, porque no fim o que permanece é uma experiência que não pode ser fisicamente apropriada. O espectáculo é desfrutado através dos sentidos, sobretudo pela visão e pela audição²².

O espectáculo pode ser desfrutado de diferentes formas, seja em directo, no local, ou em consumo diferido. No entanto, se este for objecto de fixação, a sua imaterialidade não se perde²³.

É importante não confundir a materialidade dos meios técnicos e físicos que tornam o espectáculo possível, como por exemplo o estádio ou o espaço onde o mesmo se realiza, com o espectáculo em si.

De acordo, por exemplo, com Nerea Sajúan: “En lo que se refiere a su naturaleza, la doctrina parece entender mayoritariamente de las imágenes deportivas son bienes immateriales”²⁴.

Concluimos como tal que, para o Direito, o espectáculo é uma coisa incorpórea, um bem imaterial, que pode ser objecto de relações jurídicas - o seu titular possui nomeadamente, o poder de transferir (total ou parcialmente) o seu conteúdo para outra pessoa.

²⁰ Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra Editora, 1992, p. 595.

²¹ Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, Centelha, Coimbra, 1977, p.190.

²² Pimenta, José da Costa, op. cit. (na nota 9), pp.57-58.

²³ Mesmo que seja materializado apenas o guarda.

²⁴ Nerea Sanjuán, “Derechos de imagen y derechos audiovisuales en el deporte profesional”, *Revista jurídica del deporte*, Pamplona, n.º12, 2004, p. 294.

III. O DIREITO AO ESPECTÁCULO

1. CARACTERIZAÇÃO

Recortado o conceito de espectáculo e identificada a sua natureza de bem imaterial, a caracterização do direito ao espectáculo é o tema que nos vai ocupar daqui em diante. É de referir que, devido à carência de regulação legal, subsistem dúvidas acerca das quais tentaremos propor possíveis soluções.

Vamos começar por tratar o propósito e o respectivo enquadramento legal do direito ao espectáculo no ordenamento jurídico português, o seu fundamento valorativo, o valor que o direito em causa procura defender e os interesses que pretende tutelar. De seguida, analisaremos os dados práticos da sua aplicação; a quem é atribuído este direito, qual o seu conteúdo e os seus limites. Estes são os aspectos que consideramos ser fundamental analisar e disciplinar legalmente para conceder ao direito ao espectáculo alguma segurança jurídica na sua aplicação.

Devido ao facto de serem possíveis transmissões televisivas das competições desportivas e estas terem grande audiência, é interessante referir que a problemática do direito ao espectáculo tem uma particular expressão e dimensão na área desportiva. Consequentemente foi criado um “novo modelo de negócio, um novo mercado para este produto que é o jogo”²⁵.

Note-se que a transmissão televisiva dos jogos transporta consigo novos consumidores: o público passa a ter a opção de assistir ao jogo no estádio ou em qualquer local onde se encontre uma televisão (que vai envolver um universo numérico e global), e os organismos de radiodifusão obtêm conteúdos para ocupar a sua grelha de programação. A difusão dos jogos mediante contrapartida produz valor negocial para as entidades organizadoras dos eventos desportivos. Só é possível a radiodifusão dos eventos desportivos mediante contrapartida, uma vez que, se assim não fosse, as operadoras televisivas tinham acesso gratuito a conteúdos para transmissão, e o público passaria a ter a opção de assistir ao jogo gratuitamente (no

²⁵ Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), p.122.

caso de ser transmitido em canal aberto), ou a um preço relativamente baixo (para os utilizadores de um serviço por cabo). O que causaria uma quebra significativa nas receitas.

2. FUNDAMENTO

Vamos então procurar entender porque se justifica a existência do direito, e a razão pela qual este direito é concedido ao organizador do espectáculo.

“Com base na ideia de que uma pessoa, singular ou colectiva, sob sua iniciativa e responsabilidade, recolhe todas as matérias-primas, reúne todos os meios necessários à sua transformação e aplicação, organiza e planeia o método e a sequência de tarefas e trabalho, custeando este processo, com o objectivo de pôr de pé um resultado de natureza mormente imaterial – agora, o espectáculo – surgiu a noção geral de que também os produtores de eventos ao vivo devem ser protegidos de aproveitamentos parasitários de terceiros que nada investiram, (...) assim como surgiu a ideia de que lhes deve ser salvaguardada uma pacífica e exclusiva exploração dos eventos, designadamente sem que estas outras utilizações possam prejudicar potenciais consumidores e receitas do espectáculo, sem que concorram com a exploração pretendida pelo respectivo organizador”²⁶.

Este direito intelectual ou afim tem, no caso da actividade desportiva, como fundamento a prestação empresarial organizativa e financeira de quem torna exequível o espectáculo²⁷. Associado à prestação empresarial está inerente o risco que o empreendimento possa vir a correr²⁸.

Pode traçar-se um certo paralelismo com o regime de protecção das bases de dados, que podem envolver uma actividade criadora de carácter intelectual ou quedar-se por um simples resultado empresarial, sendo objecto de um direito *sui generis*, atribuído

²⁶ Mafalda Sebastião, op. cit (na nota 10), pp.123-124.

²⁷ Cláudia Trabuço, “O direito ao espectáculo e o direito à imagem dos desportistas: cotejo dos direitos português e brasileiro”, *Desporto & direito, Revista jurídica do desporto*, nº29, Coimbra, 2013, p. 143.

²⁸ Como podemos recapitular no capítulo I, ponto 3.

aos respectivos produtores²⁹. Efectivamente, tal como nas bases de dados, também no caso do espectáculo pode haver uma actividade intelectual criadora, redundando em criações intelectuais protegidas pelo CDADC (espectáculos artísticos), ou uma simples actividade empresarial, da qual derivam resultados imateriais sem essa actividade criadora intelectual mas merecedores de protecção (espectáculos desportivos).

Assim, relativamente ao organizador do espectáculo, temos dois elementos a apreciar: o facto de certa entidade proporcionar a realização do espectáculo e o investimento.

No que diz respeito ao primeiro elemento, são as entidades que, através do esforço, possibilitam a realização do espectáculo. Consideramos que as entidades que financiam o espectáculo integram a noção de organizador de espectáculo (se não se tratar de um contrato de mecenato ou patrocínio) e/ou das entidades que tramitem no processo de produção do espectáculo. Trata-se de proteger o resultado da actividade empresarial.

O factor investimento pode dividir-se em três sub-factores: investimento *stricto sensu* (quantidade de dinheiro gasto), investimento *lato sensu* (esforço produtivo, ou a aplicação de algum tipo de recurso com a expectativa de receber retorno futuro superior ao aplicado) e o risco³⁰ (o risco que o interesse económico que incentiva certos investimentos contém e que coloca na receita do espectáculo o intuito da sua exploração).

Importa referir que o sub-factor – risco – tem de ser analisado com alguma profundidade, pois pode tratar-se de um risco económico mas também de um risco moral (sem fim lucrativo), uma vez que a onerosidade não é um elemento necessário para o espectáculo nem para efeitos de qualificação do seu organizador.

²⁹ Directiva n.º 96/9/CE, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados, e Decreto-Lei n.º 122/2000, de 04 de Julho.

³⁰ Ainda assim nos parece razoável que se mantenha o fundamento de que o empresário do espectáculo tenha o direito exclusivo de autorizar ou não quaisquer aproveitamentos.

O Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de 17 de Junho de 1993³¹, neste caso relativamente ao direito de arena previsto no Brasil, explica que a protecção atribuída ao espectáculo “é (...) consequência da prestação técnico-organizativa que tal entidade (...) realiza, integrando-se normalmente a sua intervenção na categoria de prestações empresariais”.

Alberto Sá e Mello apresenta outro fundamento, relativamente ao contrato de fixação fono/videográfica, mas também aplicável ao produtor de natureza artística, já que o leva a cabo analisando o interesse do investidor que produz o resultado a explorar. Portanto “o seu ‘valor acrescentado’ advém-lhe tanto do investimento na sua produção como de possibilitar a utilização (mediata) dos bens imateriais que eventualmente fixe”³².

Da mesma forma que é imprescindível para os autores, artistas, intérpretes ou executantes, para os produtores de fonogramas e videogramas e para os organismos de radiodifusão manterem e protegerem o exclusivo das correspondentes actividades, e se lhes são atribuídos esses direitos, é evidente que o mesmo também deverá acontecer em relação ao organizador de espectáculos.

O direito à imagem foi também abordado pela doutrina como possível fundamento legal, por não ser permitida a transmissão de espectáculos por terceiros que não estejam previamente autorizados pelos intervenientes.

Concordamos com a doutrina na medida em que, se o organizador adquiriu direitos de imagem, tem uma base específica para a protecção do espectáculo. “O entendimento comum manifestado pela doutrina e pela jurisprudência é no sentido de que, na sequência do contrato individual de trabalho desportivo celebrado, e em virtude da comercialização pública das competições em que consiste a actividade principal do clube desportivo ou da respectiva sociedade desportiva, o praticante desportivo

³¹ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/d5da082e5232b5e88025661700420ee3?OpenDocument>

³² Alberto Sá e Mello, op. cit. (na nota 8), p.53.

profissional cede integralmente a exploração dos seus direitos de imagem associados à sua condição e qualidade de desportivo profissional”³³.

Assim, o organizador do espectáculo fica também com um direito de exploração exclusiva do espectáculo fundado nestes co-envolvidos direitos à imagem.

Em suma, o direito ao espectáculo tem como fundamento geral a necessidade de proteger a prestação empresarial (resultado) de natureza imaterial que o espectáculo representa – assegurando a quem o organiza uma compensação pelo seu investimento e a correspondente sustentabilidade da actividade, afastando do seu aproveitamento económico terceiros que em nada contribuíram para a sua realização. Mas o exclusivo da exploração que confere também pode apoiar-se nos adquiridos direitos de imagem dos intervenientes, especificamente nos relativos ao colectivo destes (cfr. adiante).

3. FONTE

Na óptica de Oliveira Ascensão, o direito ao espectáculo tem como fonte o costume: “quanto a nós – afirma - não temos dúvida nenhuma em afirmar que esse fundamento é o costume. Para quem, como nós, considera o costume uma fonte de direito autónoma que não depende de reconhecimento legal, o direito do empresário ao espectáculo é um exemplo acabado de costume *praeter legem*⁽³⁴⁾ vigente na ordem jurídica portuguesa – como aliás nas ordens jurídicas estrangeiras também”³⁵.

O autor considera o costume como fonte privilegiada de direito³⁶, criador de verdadeiros conteúdos imperativos, independentemente de as regras terem ou não

³³ Sofia de Barros Carvalhosa, *O direito à imagem do praticante desportivo profissional*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008, pp. 114-117.

³⁴ *Costume praeter legem* - “(...) são os que funcionam como forma de expressão jurídica supletiva da lei, operando na falta ou omissão desta (...)”, Marta Vinagre, “Costume: forma de expressão do direito positivo”, *Revista de Informação Legislativa*, Ano 25, nº99, Julho-Setembro, Publicação da Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, 1988, p.119.

³⁵ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 1), p. 53.

³⁶ Leia-se também, António Vieira Cura, “O costume como Fonte de Direito em Portugal”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, Coimbra, 1999 pp. 241-272. Marta Vinagre, op. cit. (na nota 34), p.112, “(...) o costume é a forma de expressão do direito mais livre, mais autêntica, mais democrática (...), nasceu porque foi querido pelo povo”.

reconhecimento legal. Ponto é que as partes aleguem e provem a sua existência e uma correspondente regra de direito consuetudinário³⁷.

Há certamente um **uso**, traduzido na prática existente nos vários países de que os posteriores aproveitamentos dos espectáculos (por exemplo: transmissão e retransmissão televisiva) requerem autorização do organizador do espectáculo³⁸. Verifica-se também a **convicção de obrigatoriedade** “traduzida na firmeza da convicção de que é assim, de que tem de ser assim, embora não se aponte um texto legal de apoio. É típica da *opinio iuris*, esta certeza cega da juridicidade. Se a RTP pretendesse transmitir em directo a récita de uma ópera, seguramente o empresário do espectáculo a expulsaria, sem que os argumentos dos agentes daquela usassem abalassem a sua convicção de estar certo”. E é com base na fundamentação supra mencionada que Oliveira Ascensão conclui que o direito ao espectáculo tem como fonte o costume³⁹.

Um passo importante foi dado pela Lei de Bases do Sistema Desportivo de 1990, Lei 1/90, de 13 de Janeiro, que reconheceu o “direito ao espectáculo”, no seu art.º 19º n.º 2, no qual se lia “(...) 2 – *É garantido o direito de acesso a recintos desportivos de profissionais da comunicação social no exercício da sua profissão, sem prejuízo dos condicionamentos e limites a este direito, designadamente para protecção do direito ao espectáculo, ou de outros direitos e interesses legítimos dos clubes, federações ou organizadores de espectáculos desportivos, em termos a regulamentar*” (sublinhado nosso). A expressão “direito ao espectáculo” permaneceu na Lei 30/2004, de 21 de Julho, no art.º 84, mas a alusão ao direito desapareceu quando foi revogada pela Lei de Bases da Actividade Física do Desporto (LBAFD), Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro.

De modo bastante menos claro, a LBAFD prevê no art.º 49º, em específico no n.º 2:

³⁷ Independentemente do Código Civil em vigor ter afastado o costume das fontes imediatas (de direito privado)(art.º 1 do CC), ter passado a ser consagrado como fonte mediata de direito (art.º 3 do CC) e não ser meio de interpretação e integração de lacunas (art.ºs 9 e 10º do CC). Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), p.130.

³⁸ José Manuel Meirim, “O direito à informação desportiva: elementos para uma anotação ao art.º 19 da lei n.º 1/90, de 13 de Janeiro”, *Revista do Ministério Público*, n.º 46, Lisboa, 1991, p. 65; Jorge Herberto da Costa Ramos Martins, *O Direito à Informação versus o Direito ao Espectáculo*, Seminário de Direito Constitucional, Lisboa, 1999, p. 15.

³⁹ Oliveira Ascensão, “O direito ao espectáculo” op. cit. (na nota 1), p. 53.

“A entrada em recintos desportivos por parte de titulares do direito de livre trânsito, durante o período em que decorrem espectáculos desportivos com entradas pagas, só é permitida desde que estejam em efectivo exercício de funções e tal acesso seja indispensável ao cabal desempenho das mesmas, nos termos da lei.”

No entanto, ainda que, no presente, o legislador se limite a pressupor o direito exclusivo do organizador de espectáculo desportivo de explorar o evento, é incontestável que a prática reiterada com convicção de obrigatoriedade na sociedade é essa, tanto a nível nacional como internacional. Os direitos televisivos entre as ligas desportivas e os clubes para radiodifusão dos seus eventos são, efectivamente, uma das principais fontes de receitas no mercado desportivo, e geram vários negócios com valores extremamente altos⁴⁰. Por isso, podemos dizer que há de facto um uso com convicção de obrigatoriedade de que as entidades (clubes e ligas) têm um direito exclusivo sobre o aproveitamento audiovisual do espectáculo desportivo.

Importante é também o aludido art.º 117º do CDADC, que versa sobre a representação cénica, e prevê um direito ao espectáculo para o empresário do espectáculo. Transcreve-se:

“Artigo 117- Transmissão, reprodução e filmagem da representação:

*Para que a representação da obra, no todo ou em parte, possa ser transmitida pela radiodifusão sonora ou visual, reproduzida em fonograma ou videograma, filmada ou exibida, é necessário, para além das **autorizações do empresário do espectáculo e dos artistas, o consentimento escrito do autor.**” (negrito nosso)⁴¹.*

Ao contrário do que concluímos relativamente aos espectáculos de natureza desportiva, consideramos que o art.º 117º do CDADC, para os espectáculos de natureza artística, contém uma verdadeira consagração legal do direito ao

⁴⁰ <http://www.ionline.pt/artigos/68261-direitos-televisivos-benfica-quer-o-triplo-do-sporting>, veja-se os valores elevados que constam na notícia.

⁴¹ A título de exemplo, podemos ver a Deliberação 2/DAC/2007 do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, que relativamente ao festival de música “Superbock Superrock” legitimou a empresa que organiza o festival de decidir as condições de captação de imagens no evento, perante os profissionais da comunicação social. Consulte-se: <http://www.erc.pt/pt/noticias/deliberacoes-aprovadas-pelo-conselho-regulador-actualizacao>

espectáculo⁴². A fixação, a reprodução, a distribuição e a comunicação pública (seja radiodifusão ou outra forma), dependem da autorização do seu produtor⁴³.

Assim, relativamente aos espectáculos desportivos podemos concluir, por um lado, que o direito está implícito no art.º 49º da LBAFD. Por outro lado, que isso mesmo é também confirmado por uma prática costumeira, nomeadamente de índole negocial. De facto, todos temos presente que não nos devemos aproveitar de um espectáculo organizado por outrem; e, quanto aos espectáculos de natureza artística, isso mesmo é confirmado pela sua expressa consagração legal (art.º 117º CDADC).

4. TITULAR

Importa agora analisar quem é o dono do espectáculo, o titular do respectivo direito. No que diz respeito à representação teatral, a lei atribui, como se observou, ao empresário o direito de autorizar ou proibir a fixação, reprodução, distribuição ou a comunicação pública (art.º 117º do CDADC).

Em termos mais gerais, tem sido acolhido pela maioria da doutrina, tanto nacional⁴⁴ como estrangeira⁴⁵, que o titular do direito ao espectáculo é o seu organizador (empresário do espectáculo, na expressão da lei), ou seja quem o concebe e promove a sua realização. É este que tem o direito exclusivo de definir se autoriza, e em que termos, que um terceiro possa explorar economicamente o espectáculo. “O organizador não se confunde, por um lado, com o autor ou com o executante da obra representada, nem, por outro, com aquele que concebe o projecto de espectáculo, o idealiza, dirige, realiza ou leva “à cena” (sem, todavia, participar na sua organização ou produção). O organizador é aquele que juridicamente tem o poder ou o direito de organizar o espectáculo. Oportunamente, curar-se-á de prestar alguma atenção ao

⁴² Oliveira Ascensão, “Titularidade de licença de emissor de televisão e direito ao espectáculo: no rescaldo do litígio S. L. Benfica-Olivedesportos”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 301.

⁴³ Oliveira Ascensão, op.cit. (na nota 20), p. 592.

⁴⁴ Pedro António Maia Oliveira, “A compatibilidade entre o direito ao espectáculo desportivo e o direito à informação”, *Scientia Iuridica*, Braga, n.º 322, Abril- Junho, 2010, pp. 63-64. Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 42), pp. 330-331.

⁴⁵ Dan Harrington, “Sports Rights and the Media- Part One- Public Domain or Private Property?”, *Sports Law Administration and Practice*, Vol.8, nº5, 2001, p. 9.

complexo de poderes que decorrem do direito ao espectáculo de que é titular o organizador do espectáculo desportivo”⁴⁶.

O organizador do espectáculo tem um direito de utilização do recinto, o que não significa que este tenha de ser o proprietário do recinto. Mesmo que o espectáculo seja realizado num local público, e mesmo que seja de acesso gratuito, como por exemplo um jardim, basta que o organizador tenha assegurado o direito de utilização, para o direito ao espectáculo se manter na sua esfera jurídica⁴⁷.

Porém, identificar a entidade que investe, organiza e apresenta o evento não é tarefa fácil, pode trazer algumas dúvidas.

Antes de mais, para efeitos de determinação de um agente como titular do direito ao espectáculo, o que releva é o desempenho de um papel que justifique que este goze de um direito que o proteja de possíveis aproveitamentos por terceiros do objecto que a sua interposição permitiu criar – o espectáculo.

Nenhum entrave se coloca a que sejam efectuados contratos de co-produção quando duas ou mais partes se associam, investindo e suportando as despesas com o objectivo da realização do espectáculo. No entanto, entendemos que, “(...) caso determinada entidade não invista financeiramente na produção do espectáculo porque, por hipótese, foi contratada pela entidade financiadora que lhe custeou todas as despesas com a produção executiva do espectáculo até ao *break-even*, mas que aceita ser retribuída pelo seu serviço de produção executiva através das receitas que o espectáculo gerar, a mera assunção do risco na exploração económica do espectáculo justifica que a faculdade de obter receitas com a concessão da autorização para fixação, reprodução, distribuição e comunicação ao público do espectáculo lhe seja, de igual modo, atribuída”⁴⁸.

Relativamente a empresas exploradoras dos respectivos recintos, que celebrem um contrato de locação do seu recinto com a entidade organizadora do espectáculo, ainda

⁴⁶ Parecer n.º 17/93, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/0/d5da082e5232b5e88025661700420ee3?OpenDocument>

⁴⁷ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 1), p. 52.

⁴⁸ Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), p.166.

que com o devido equipamento e com equipamento técnico, mediante o pagamento de um preço fixo, não faz com que sejam consideradas titulares do espectáculo. Não existe a presença de qualquer risco pela exploração económica nem de investimento na concretização do espectáculo.

Mas será que, se o negócio celebrado com a entidade exploradora do recinto tiver previsto como retribuição a totalidade ou uma parte da receita da bilheteira, isto torna a entidade exploradora do recinto titular? Neste caso está presente o risco na exploração económica, porque a sua remuneração vai depender efectivamente do número de bilhetes vendidos, e a entidade exploradora torna-se titular do espectáculo, mas apenas enquanto está a decorrer no seu recinto. O empresário do espectáculo e a entidade exploradora do recinto devem colaborar na sua realização.

Desta forma, no que diz respeito aos espectáculos de natureza desportiva, existem dois casos de co-titularidade acima mencionados. No entanto, a forma como irá ser exercido é problema que não se encontra resolvido na lei. Consideramos que aquilo que seria mais correcto é que “(...) o produto eventualmente percebido como contrapartida da autorização para fixar, reproduzir em fonograma ou videograma, distribuir e comunicar ao público o espectáculo seja distribuído entre os co-titulares na proporção do investimento de cada um, mas esta é uma questão que está, até regulamentação legal deste direito, sujeita à livre negociação e à liberdade contratual das partes”⁴⁹.

O Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 1993 já acima mencionado refere a teoria de um especialista francês, Luc Silance, que escreve ser possível “desde a origem, distinguir duas espécies de organizadores; por um lado a associação desportiva, clube, conjunto de clubes, federação; por outro, a pessoa singular ou colectiva, que, a título principal ou acessório, se ocupa da organização e apresentação de um ou de vários encontros desportivos, oferecidos a um público mais ou menos numeroso”⁵⁰.

⁴⁹ *Ibidem*, p.175.

⁵⁰ Cfr. “Parecer 17/93 da Procuradoria-Geral da República”, op. cit, (na nota 14), p.312.

Segundo Pedro Maia Oliveira, os titulares são os organizadores do evento desportivo, que “podem ser, como ocorre em alguns desportos, organizações isoladas ou, então, os próprios clubes, que joguem no seu próprio reduto, visto serem estes que acarretam e têm a seu cargo os custos inerentes à preparação e realização do evento competitivo em que participam, que assumem o risco da gestão económica do respectivo evento e, consequentemente, controlam o acesso do operador televisivo ao estádio ou recinto onde se verifica a competição alvo de transmissão. As próprias ligas, isto é, as associações que agrupam os clubes profissionais, podem ser titulares originárias dos eventos que por elas sejam organizados. As federações podem também, por sua vez, ser titulares dos direitos relativos a determinados acontecimentos desportivos, em especial no que diz respeito aos jogos que sejam disputados pelas selecções nacionais”. Contudo, as federações⁵¹ e as ligas são, de um ponto de vista institucional, realidades diferentes, uma vez que as primeiras integram todos os clubes de um Estado ou país e não exclusivamente os clubes profissionais⁵². Portugal atribui legislativamente às federações desportivas poderes públicos, com as competências regulamentares e administrativas para cada modalidade desportiva. A UEFA (a nível europeu), e a FIFA (a nível mundial), configuram-se associações privadas de direito suíço, que desenvolvem funções regulamentares e administrativas no futebol⁵³.

Na verdade, como já referimos, a organização de um espectáculo envolve um certo risco, investimento e actividade organizadora/empreendedora. Sendo a razão de ser deste direito a necessidade de proteger o resultado da prestação empresarial, necessita de tutela para que esteja protegido contra aproveitamentos parasitários de terceiros⁵⁴.

Para melhor compreendermos aquilo que foi tratado neste ponto, importa demonstrar, como exemplo, a decisão proferida pela FIA (Federation Internationale de l'Automobile) da European Racing Cup sobre a negociação de direitos de transmissão televisiva. Esta federação considerou ser co-titular dos direitos televisivos, e por isso ter o direito de negociar as transmissões televisivas da competição. O Tribunal Regional de Frankfurt entendeu que a FIA, enquanto organismo regulador e

⁵¹ Federações desportivas (art.º 14º da LBAFD).

⁵² Clubes desportivos (art.º 26º n.º 1 da LBAFD).

⁵³ Pedro Maia Oliveira, *A negociação centralizada de direitos televisivos na óptica do direito da concorrência, Compilações doutrinárias*, Verbo jurídico, Março, 2009, pp. 13-14, disponível em: www.verbojuridico.com

⁵⁴ José Manuel Meirim, op. cit. (na nota 38), p. 65.

organizador da competição, era co-organizadora e por isso co-titular dos direitos televisivos. A co-titularidade foi justificada pela contribuição essencial de meios organizacionais, como a regulação tanto das corridas como de todo o evento, pelo controlo das regras, e por os interesses dos agentes televisivos e dos patrocinadores caírem se a FIA não estivesse presente. Pelas razões expostas, o Tribunal Regional de Frankfurt considerou que a titularidade dos direitos televisivos pertencia tanto à FIA como às entidades organizadoras da corrida⁵⁵.

Por sua vez, o ordenamento jurídico brasileiro, que regula o *direito de arena* na Lei nº 12.395/2011 de 16 de Março, no seu art.º 42, entende que “pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espectáculo desportivo de que participem”. O titular desse direito é a empresa ou associação desportiva que concretiza o evento⁵⁶.

Em suma, é titular do direito ao espectáculo a entidade que promove a actividade organizadora/empreendedora e que assume o risco e investimento da sua exploração económica.

5. OBJECTO

Chegamos à altura de analisar a realidade concreta do “espectáculo”, enquanto objecto de direito, ou seja, o ‘quid’ a que se refere o direito ao espectáculo, o bem jurídico autónomo sobre que incide tal direito, seja ele de fonte legal ou outra, e acerca do qual pode haver contratos geradores de outros direitos.

O que sucede relativamente aos fonogramas e videogramas, em que a materialização do seu conteúdo (em suporte material estável e duradouro que possibilita a sua percepção, reprodução ou comunicação numa duração efémera, art.º 141º n.º 1 do

⁵⁵ George Lentze, “Co-ownership of Television Sports Rights”, *International Media Law*, Vol. 16, n.º6, Junho, 1998, pp. 43-45.

⁵⁶ Carlos Eduardo Ambiel, “Direito de arena dos atletas profissionais: titularidade, abrangência, forma de repasse e natureza jurídica”, *Revista do advogado*, São Paulo, 2014, pp.15-20.

CDADC) que não se confunde com o bem imaterial a que equivale o conteúdo do fonograma ou do videograma enquanto bem imaterial é, de alguma forma, parecido com o que acontece com o espectáculo. Por isso, compreendemos que “o objecto do direito do produtor destes bens é o conteúdo fixado no fonograma ou no videograma, os sons e/ou as imagens como registadas pelo seu produtor, o que não deixa de ser um bem diferente e em nada confundível com a obra que, se for o caso, aí se encontra fixada, e com o suporte material do mesmo registo⁵⁷”.

Quanto ao espectáculo, podemos retirar uma conclusão próxima no que diz respeito ao suporte material do espectáculo. Da mesma forma que os produtores de fonogramas e de videogramas são titulares de um direito conexo, do resultado (de sequências de sons e/ou imagens) que a fixação contém, faz sentido que os titulares do espectáculo tenham um direito sobre o espectáculo⁵⁸, enquanto prestações desportivas (ou artísticas) que consubstanciam o resultado visual ou visual e sonoro, que é apreendido pelo público.

Importa referir que apesar de os jogos em si serem considerados espectáculo, deparamo-nos com algumas demonstrações que decorrem tanto nas aberturas ou encerramentos de alguns eventos desportivos, que têm sido considerados espectáculos *per se*. Como por exemplo os eventos de abertura e encerramento dos jogos olímpicos.

A título de curiosidade referimos também o exemplo do *Haka*⁵⁹ da equipa de rugby All Blacks (da Nova Zelândia), que é executado no princípio de cada partida, utilizado para desafiar o adversário antes do jogo, tratando-se de uma dança de guerra com cântico⁶⁰. No entanto, importa referir que, neste caso, o que está em causa são direitos de propriedade intelectual sobre tradições da cultura indígena, sendo pelo menos duvidoso que se possa falar de um direito ao espectáculo.

⁵⁷ Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), p.178.

⁵⁸ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 1), p. 54.

⁵⁹ Explicação do Haka disponível em:

[http://en.wikipedia.org/wiki/Haka_\(sports\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Haka_(sports))

⁶⁰ Luc Silance, “L’organisation de spectacles sportifs et l’athlète: les droits ‘intellectuels’”, AAVV, *Le Spectacle Sportif: actes du Colloques de Limoges du 12 au 14 Mai 1980*, Presses Universitaires de France, Publications de la Faculte de Droit et de Sciences Economiques de Limoges, Limoges, 1981, p.167.

Voltando à questão em apreço, refira-se que o objecto do direito ao espectáculo tem de ser o resultado de uma actividade produtiva, de forma a justificar-se que o direito exclusivo sobre a exploração económica pertença a quem o desenvolve. “O que importa proteger é aquilo que, integrando o elemento ‘organização do espectáculo’, chama os espectadores”⁶¹.

Mesmo quando estivermos perante um espectáculo que decorra em lugar público e seja de acesso gratuito, consideramos que o direito ao espectáculo se mantém na esfera do seu organizador⁶².

De facto, quando o organizador assim o decide é porque tem interesse nisso, seja pela quantidade de espectadores, por ser uma entidade sem fins lucrativos, ou por outros possíveis motivos. No entanto não nos parece razoável “face aos valores que o direito ao espectáculo pretende tutelar – o resultado da actividade empresarial do respectivo produtor – que um terceiro, que em nada contribui para a concretização do espectáculo possa adquirir, gratuitamente, mais do que aquilo que o empresário quer oferecer graciosamente, a assistência do espectáculo ao vivo⁶³”. Se um terceiro pretender utilizar o espectáculo através da fixação e posteriormente a sua distribuição ou radiodifusão, tal não será admissível se o empresário não o autorizar, e se o fizer o empresário tem de estar protegido.

Conclui-se que o objecto de protecção do direito ao espectáculo é o evento fruto da actividade do seu organizador, enquanto sequência concreta de prestações desportivas (ou artísticas), que criam um resultado (visual/visual e sonoro) para ser desfrutado pelo público presente. Isso vale tanto aos espectáculos em locais públicos como para os de acesso condicionado, com carácter gratuito ou oneroso.

⁶¹ José Augusto Garcia Marques, op. cit. (na nota 5), p. 106.

⁶² Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 1), p. 54.

⁶³ Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), pp. 183-184.

6. CONTEÚDO

“O conteúdo do direito ao espectáculo é-nos fornecido, assim, pelo aproveitamento do mesmo, visto com autonomia em relação à actividade empresarial que o proporciona. Ou seja, o conteúdo do direito resultará da explicação da razão de ser da sua tutela”⁶⁴.

Este é-nos proporcionado pelo seu desfrute e reserva ao seu organizador certas faculdades. Quais são, mais em concreto, as faculdades atribuídas ao organizador?

Antes de mais, vamos observar o conteúdo do direito conexo dos produtores de fonogramas e videogramas, referido no art.º 184º do CDADC.

O direito conexo dos produtores de fonogramas e videogramas compreende o direito de autorizar: a **reprodução**, directa ou indirecta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte; a **distribuição** ao público de cópias dos mesmos, bem como a respectiva importação ou exportação; e a **difusão** por qualquer meio, a execução pública dos mesmos e a colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que sejam acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido (a sua comunicação pública).

Passando à análise concreta quanto ao conteúdo do direito ao espectáculo artístico, podemos concluir que se trata de um conteúdo muito semelhante ao conteúdo do direito conexo dos produtores de fonogramas e videogramas.

Por outras palavras, o art.º 117º do CDADC afirma o seguinte: “para que a representação da obra possa ser transmitida pela radiodifusão sonora ou visual, reproduzida em fonograma ou em videograma, filmada ou exibida, é necessário, para além das autorizações do empresário do espectáculo (e dos artistas, o consentimento escrito do autor)⁶⁵”, ou seja, cabe ao empresário autorizar a **reprodução**, a **distribuição** e a **fixação** e a **comunicação pública** por terceiros.

⁶⁴ Cfr. Parecer 17/93 da Procuradoria Geral da República, op. cit. (na nota 14), p.331.

⁶⁵ Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), p. 189.

Por último, relativamente à **comunicação pública**, retira-se da *radiodifusão sonora e audiovisual* e da *exibição*. Nas palavras de Oliveira Ascensão, “(...) o poder de autorizar ou proibir a comunicação não se limita aos actos que ponham em causa o próprio espectáculo. (...) Nenhuma comunicação pública pode ser feita sem autorização do empresário”⁶⁶.

Relativamente aos espectáculos desportivos - que não têm dimensão criadora - , deve entender-se, nesta linha, que estão sujeitas a autorização do organizador os actos que representam a comunicação pública do espectáculo, ou seja, a gravação e a telecomunicação pública.

No entanto, na prática dos dias que correm, há certas formas de comunicação pública que são livres, ou seja, não estão vedadas pelo organizador, nomeadamente o relato radiofónico, as reportagens jornalísticas e as reportagens fotográficas. Todas as outras formas de comunicação pública carecem de autorização do empresário do espectáculo. E concordamos que assim seja no que diz respeito aos espectáculos de natureza desportiva pois não tiram vida ao interesse do espectáculo⁶⁷.

Temos como base última e originária do direito ao espectáculo desportivo o costume (internacional). Por isso, é ele que traça os limites. E são apenas as faculdades aqui mencionadas que estão “costumeiramente atribuídas ao empresário”⁶⁸.

⁶⁶ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 20), p. 594.

⁶⁷ Cláudia Trabuço, op. cit. (na nota 27), p. 143.

⁶⁸ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 1), p. 54 *in fine*.

IV. LIMITES DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

Como todo o direito, o direito ao espectáculo também se depara com alguns limites. Nesta secção trataremos de duas situações, confrontando o direito ao espectáculo com o direito à informação e aludindo ao esgotamento do direito.

1. O DIREITO AO ESPECTÁCULO E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Começamos por tratar da articulação entre o direito ao espectáculo e o direito à informação. Importa referir que é um dos temas com maior relevância para os espectáculos desportivos.

Como já expusemos anteriormente, relativamente a certas formas de transmissão, sobretudo as televisivas, o organizador do espectáculo tem a faculdade de as proibir ou de as autorizar.

Em primeiro lugar, a informação define-se “como a acção subsistente em levar ao conhecimento do público certos factos ou opiniões, com recurso a meios visuais ou auditivos, comportando mensagens inteligíveis por esse público. Também se pode entender a informação como o resultado de tal acção sobre os seus destinatários”⁶⁹. A informação deve comportar notas de “rigor e objectividade” (art.º 3 da Lei da Imprensa, Lei n.º 2/99 de 13 de Janeiro⁷⁰) e a sua finalidade é alargar o conhecimento daqueles que a recebem.

Na CRP o direito à informação está consagrado no art.º 37º n.º 1 e 2 sob a epígrafe “Liberdade de expressão e informação”. A liberdade de informação desdobra-se na liberdade de ser informado e, interligado a esta, está o direito à informação. De forma a cumprir a sua finalidade, os jornalistas têm de ter a possibilidade de aceder às fontes de informação⁷¹.

⁶⁹ “Parecer 17/93 da Procuradoria Geral da República”, op. cit. (na nota 14), p.353.

⁷⁰ Disponível em:

<http://www.gmcs.pt/pt/lei-n-299-de-13-de-janeiro-lei-de-imprensa>

⁷¹ José Manuel Meirim, op. cit. (na nota 38), p. 59.

Mas a “informação desportiva” apresenta algumas especificidades relativamente à “informação geral” que importa abordar. A informação de natureza desportiva é principalmente informação prevista, acaba a hora (mais ou menos) certa, espera-se pelo resultado a cada minuto que passa e a pontualidade do jornalista é essencial. Por isso é que o resultado desportivo tem impreterivelmente encontro marcado à hora certa com os interessados. A informação deve ser rigorosa e completa, porque o que um jornalista escreve a “quente” será lido a “frio” por vários leitores⁷².

Desenvolveu-se por parte dos *media* uma crescente atenção relativamente aos espectáculos desportivos. Os clubes chegaram a impedir os jornalistas de entrar nos recintos desportivos, com o fundamento de que tinham direitos exclusivos sobre as imagens do jogo⁷³. Por esta razão, em 1991 a ACCS pronunciou-se sobre a necessidade de liberdade de informação nos recintos desportivos, para que os meios de comunicação social pudessem funcionar livremente, e em 1996 aprovou uma circular acerca das práticas discriminatórias no ingresso dos órgãos de comunicação social aos recintos desportivos⁷⁴.

Actualmente as opiniões não são unânimes. Veja-se:

Para José da Costa Pimenta “o direito de acesso às fontes de informação implica (...) contacto directo e imediato com a fonte. (...) A Constituição, no seu art.º 38º n.º 2 al. b), garante ‘o direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação...’. Ao contrário do que é defendido pela Procuradoria Geral da República e por Oliveira Ascensão, a expressão ‘nos termos da lei’ não significa a necessidade de uma norma mediadora para que o direito de acesso às fontes de informação exista. Ele existe. E, nos termos do art.º 18º n.º 1, da CRP, a norma que o confere é ‘directamente’ aplicável e vinculativa ‘às entidades públicas e privadas’”⁷⁵.

Por outro lado, Oliveira Ascensão considera que “Com uma emissão parcial de imagens de um jogo de futebol satisfaz-se a totalidade dos fins de informação, que não podem significar uma apropriação do espectáculo, mas sim o de dar a conhecer –

⁷² Pedro António Maia Oliveira. cit. (na nota 45), pp. 334- 335.

⁷³ Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), p.197.

⁷⁴ Jorge Herberto da Costa Ramos Martins, op. cit. (na nota 38), p. 33.

⁷⁵ José da Costa Pimenta, op. cit. (na nota 9), pp.72 e 73.

visualmente, como é próprio da televisão – o que nele aparece de fundamental. E, com isso, vai o que representa a nata dos jogos de futebol – os golos.” Acrescenta ainda que “Há que averiguar com cautela os termos em que o acesso se pode fazer – tal como não se tolera que num ballet ou num cinema se apresentem milhares de jornalistas a pretender fazer a cobertura do espectáculo. Não há função, por mais nobre que seja, que não possa levar ao abuso. Não há poder que possa ficar imune a controlo. (...) Há dois direitos igualmente dignos de respeito, cuja conciliação nos deve levar longe⁷⁶”.

Actualmente a LBAFD contém no seu art.º 49º n.º 2 uma norma extremamente genérica, “A entrada em recintos desportivos por parte de titulares do direito de livre trânsito, durante o período em que decorrem espectáculos desportivos com entradas pagas, só é permitida desde que estejam em efectivo exercício de funções e tal acesso seja indispensável ao cabal desempenho das mesmas, nos termos da lei”.

Por sua vez, no Estatuto do Jornalista (Lei 1/99 de 13 de Janeiro) o art.º 9º n.º 3 diz-nos que “Nos espectáculos ou outros eventos com entradas pagas em que o afluxo previsível de espectadores justifique a imposição de condicionamentos de acesso poderão ser estabelecidos sistemas de credenciação de jornalistas por órgão de comunicação social”.

E por último, a Lei da Imprensa (Lei 2/99 de 13 de Janeiro) inclui no art.º 1º n.º 2 que “A liberdade de imprensa abrange o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações”.

Assim, entendemos que desde que os jornalistas estejam a exercer funções da sua profissão, e estejam correctamente credenciados, têm o direito de entrar nos recintos desportivos⁷⁷.

Porém, nos espectáculos de natureza artística tem sido aceite, como conciliação equilibrada, que a fixação não vá além de três minutos pela comunicação social. É

⁷⁶Oliveira Ascensão, “Direito à informação e direito ao espectáculo”, *Separata da Faculdade de Direito de Coimbra*, n.º2, Coimbra, 1990, pp. 21-22.

⁷⁷Pedro António Maia Oliveira, op. cit. (na nota 45), p. 337, e José da Costa Pimenta, op. cit. (na nota 9), p.74.

diferente dos espectáculos desportivos, uma vez que os aparelhos podem perturbar os artistas e aqui a informação passa pela divulgação de excertos do próprio espectáculo. E desta forma também não põe em causa a exploração económica do espectáculo⁷⁸.

O que importa é encontrar a conciliação de posições antagónicas, nomeadamente o direito dos clubes desportivos ao espectáculo que organizam e o direito de acesso dos jornalistas aos recintos desportivos. Este último deve respeitar certos limites, como “a protecção do direito ao espectáculo, a protecção de outros direitos e interesses legítimos dos clubes, federações ou organizadores de espectáculos”, na medida do estritamente necessário para acautelar os interesses que pretende tutelar⁷⁹. Se assim não for, os litígios que surgirem neste âmbito, apenas se podem resolver pela via judicial⁸⁰.

No que diz respeito aos direitos exclusivos sobre transmissões integrais (em directo ou diferido), têm de ser respeitados por todos (art.º 32º n.º 2, LT). É permitido ao organizador do espectáculo a “alienação onerosa dos respectivos direitos exclusivos de difusão, aceitando as restrições estritamente necessárias à garantia desse mesmo exclusivo”⁸¹.

No entanto, a alienação dos ditos direitos exclusivos não impede outros jornalistas de entrarem nos recintos desportivos. Como se sabe, num espectáculo não é apenas relevante o espectáculo em si, podem suceder outros acontecimentos, como por exemplo entrevistas a figuras públicas, que também podem constituir notícia⁸².

Os detentores do direito exclusivo (operadores primários) são obrigados a colocar à disposição dos serviços informativos interessados (operadores secundários) breves sínteses dos mesmos, mediante contrapartida correspondente, art.º 33º da LT⁸³.

É ainda admissível a alienação dos direitos exclusivos de transmissão televisiva sobre resumos de jogos de futebol bem como de outras modalidades desportivas, caso sobre

⁷⁸ Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), p.200.

⁷⁹ José Augusto Garcia Marques, op. cit. (na nota 5), p. 102.

⁸⁰ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 77), p. 22.

⁸¹ Pedro António Maia Oliveira, op. cit. (na nota 45), p. 340.

⁸² Parecer 17/93 da Procuradoria Geral da República, op. cit (na nota 14), p.382.

⁸³ José Augusto Garcia Marques, op. cit. (na nota 5), p. 102.

esse “exclusivo” subsista a possibilidade de ser concebido um “extracto informativo”. Ou seja, para negociar/transaccionar os direitos exclusivos, é necessário que o resumo em causa tenha duração e conteúdo suficiente para que não seja confundido com um extracto informativo, que é indispensável para assegurar o exercício do direito à informação e não pode exceder os 90 segundos (art.º 33º n.º4 al. a), LT)⁸⁴. O que importa é que os adquirentes dos exclusivos não sejam prejudicados pelos órgãos da comunicação social que pretendam realizar o direito de informação⁸⁵.

A AACS deliberou acerca de uma queixa da RTP contra a SIC por violação dos direitos exclusivos no Rally Tap Portugal de 1994, baseando-se no Parecer Complementar 17/93 da Procuradoria Geral da República, concluindo que o organizador do espectáculo tem direito a ceder os direitos exclusivos do campeonato, mesmo que seja gratuito e em via pública⁸⁶.

Em suma, tem de se encontrar um ponto de equilíbrio na conciliação do direito ao espectáculo e no direito à informação. Ambos constituem limites um do outro. “A natureza do desporto, a importância da competição, e a duração de retransmissão, são critérios que podem ser utilizados na concretização do direito à informação, pois este começa e termina com o interesse do público”⁸⁷.

2. O PRINCÍPIO DO ESGOTAMENTO

A respeito dos direitos de propriedade intelectual, afirma-se que o respectivo esgotamento⁸⁸ consiste na perda, pelo seu titular e por efeito da colocação no mercado por este ou por outrem com o seu consentimento do produto a que respeitam, “(...) do poder de controle sobre a circulação desse produto (*id est* dos respectivos

⁸⁴ Pedro António Maia Oliveira. op. cit. (na nota 45), pp. 344-345.

⁸⁵ Não é exigida contrapartida pela reportagem, nem aos relatos radiofónicos (o som sem imagem não tem autonomia).

⁸⁶ Jorge Herberto da Costa Ramos Martins, op. cit. (na nota 38), p. 43.

⁸⁷ José Manuel Meirim, op. cit. (na nota 38), p. 70.

⁸⁸ Sobre este tema, veja-se: Pedro Sousa e Silva, “O esgotamento de direitos industriais”, *Direito Industrial*, Vol. I, Coimbra, 2001 (453-480), e Oliveira Ascensão, “Direito de Distribuição e Esgotamento”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51, Vol. III, Lisboa, 1999, pp. 625-639.

exemplares). Assim, após a primeira venda legítima aquele titular não se pode opor a que o mesmo seja vendido, passando este a circular livremente”⁸⁹.

Ou seja, quanto ao espectáculo, sendo este fixado e consequentemente colocados em circulação ou distribuídos exemplares do mesmo, seja pelo organizador seja por terceiros autorizados, o organizador deixa de ter o direito de controlar a circulação dos exemplares, não pode impedir que o exemplar seja revendido para determinado local. No entanto, os direitos de reprodução e de comunicação pública conservam-se na esfera jurídica do seu titular.

Oliveira Ascensão entende que o direito ao espectáculo está sujeito a esgotamento, porém noutro sentido. Afirma que o direito se esgota a partir do momento em que o titular concede autorização para a prática de determinado acto que lhe seja reservado, ao autorizado. “Daí por diante, cessaram em relação a ele os direitos exclusivos. Qualquer ultra-utilização está excluída do domínio dos direitos intelectuais. (...) Do mesmo modo, se alguém atribuir direitos a terceiro fora dos limites da autorização primitiva, o empresário não pode opor a esse terceiro a violação”⁹⁰.

Assim, podemos concluir que o direito ao espectáculo se encontra sujeito ao princípio do esgotamento, ou seja, cada vez que são colocados no mercado exemplares em circulação o direito esgota-se relativamente a essas unidades. Desta forma, compreendemos que, na verdade, apesar de o termo exacto ser “esgotamento”, o que realmente acontece é uma compressão ou atenuação dos direitos do titular, a partir do momento em que é introduzido no comércio. Não interfere com as outras faculdades que pertencem exclusivamente ao titular do espectáculo, apenas no que diz respeito à distribuição previamente autorizada.

⁸⁹ Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), p.194.

⁹⁰ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 20), p. 596.

V. O DIREITO À IMAGEM

Como se assinalou acima, o direito ao espectáculo e o direito à imagem de quem nele participa andam de algum modo ligados, de tal forma que o primeiro pode em certa medida encontrar neste apoio ou fundamento. Cabe distinguir, no entanto, o direito à imagem do colectivo dos participantes, aquele que aqui interessa, e o direito à imagem individual, de cada um.

O direito à imagem constitui um direito autónomo, uma vez que a imagem “enquanto aspecto particular de personalidade, é (...) objecto de um direito subjectivo, absoluto, e tem uma estrutura dual e relacional, na medida em que comporta tanto uma esfera de poder e liberdade, como uma forte componente de responsabilidade, na medida em que qualquer utilização abusiva da imagem é considerada ilícita pelo ordenamento jurídico”⁹¹.

O direito à imagem tem natureza mista: é um direito de personalidade e um direito patrimonial⁹². A possibilidade de exploração comercial da imagem não faz com que o direito à imagem deixe de ter carácter pessoal.

Está regulado formalmente como direito pessoal, no art.º 26º n.º 1 da CRP, no art.º 79º do CC e ainda no art.º 199º n.º 1 do Código Penal⁹³.

O art.º 79º n.º 1 do CC (primeira parte), diz que “o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela”, o n.º 2 estabelece que: “não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenha, a exigência política ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da

⁹¹ Cláudia Trabuco, op. cit. (na nota 27), p. 134.

⁹² David Oliveira Festas, *Do conteúdo patrimonial do Direito à Imagem*, Coimbra, 2009, p.416.

⁹³ Veja-se sobre este assunto o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 2005. Pode consultar-se em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/204e20ddf8259874802570ba006a8260?OpenDocument>

imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente”⁹⁴.

O que está efectivamente em causa não é um direito do organizador do evento, mas sim de uma pessoa física, neste caso o desportista, e sobre a sua personalidade⁹⁵.

O direito à imagem dos praticantes desportivos profissionais encontra protecção no art.º 10º da Lei 28/98 de 26 de Junho:

Artigo 10.º

Direito de imagem

1 - Todo o praticante desportivo profissional tem direito a utilizar a sua imagem pública ligada à prática desportiva e a opor-se a que outrem a use ilicitamente para exploração comercial ou para outros fins económicos.

2 - Fica ressalvado o direito de uso de imagem do colectivo dos praticantes, o qual poderá ser objecto de regulamentação em sede de contratação colectiva.

Apesar de o direito de personalidade em si ser inalienável por não ser possível dissociá-lo do seu titular, a exploração comercial da imagem de determinada pessoa não o é, e pode ser feita pelo próprio ou por um intermediário, desde que com o seu consentimento. Nessa medida, trata-se de um direito parcialmente disponível.

“É, de resto, isso que sucede quando o atleta concede uma licença de uso da sua imagem ao clube com o qual celebra contrato de trabalho e que fica limitada à utilização da imagem do colectivo da equipa e em contextos relacionados directamente com a prática desportiva”; verifica-se uma “disponibilidade parcial, concreta, que não exclui a titularidade desse direito no futuro”⁹⁶.

Por outras palavras, no caso de um jogador que integra um determinado clube, é ao clube que passam, em geral, a pertencer os direitos de imagem desse jogador, mas apenas os direitos de imagem colectiva e não da sua imagem individual.

⁹⁴ Cláudia Trabuco, op. cit. (na nota 27), pp. 136-137, David Oliveira Festas, op. cit. (na nota 93), pp. 276-279.

⁹⁵ Alberto Sá e Mello, op. cit. (na nota 8), p. 192.

⁹⁶ Cláudia Trabuco, op. cit. (na nota 27), p. 149.

Relativamente à imagem individual, esta permanece na esfera jurídica do praticante desportivo, podendo entrar na órbita da actividade representativa dos empresários desportivos (cfr. o art.º 37º da LBAFD). O titular do espectáculo nada tem que ver com a imagem individual do atleta.

Ao contrário do que acontece no Brasil, em Portugal não existe ainda regulamentação que estabeleça remuneração ao titular do direito à imagem, por isso, para que tal aconteça terá de ser estabelecido contratualmente.

VI. DURAÇÃO DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

A duração do direito ao espectáculo é, na prática, um elemento extremamente importante. Tudo o que se cria está assente sobre um património pré-existente, não devendo por isso a sua protecção ir além de certa duração, deixando depois de ser necessária a autorização do empresário para qualquer utilização do espectáculo.

Partindo do entendimento do costume como fundamento ou fundamento primeiro do direito ao espectáculo desportivo, aplicar-se-lhe-ão as regras definidas pela sua prática, reiterada com convicção de obrigatoriedade. Nesta óptica, faria sentido procurar, em primeiro lugar, um eventual “regime consuetudinário” sobre este ponto.

Na falta de dados, seguimos outro caminho. Vejamos, antes de mais, a posição de dois autores.

Oliveira Ascensão considera que este direito é efémero, e afirma que “(...) uma protecção durante 50 anos, para esta mera prestação empresarial seria absurda (...) Há um elemento de actualidade que é essencial à tutela”, por isso passado o período normal de exploração do espectáculo a sua utilização torna-se livre, o direito caduca. “Assim, quem quiser passar publicamente imagens dum bailado do ano passado, só tem de pedir autorização ao autor e aos artistas”⁹⁷.

José da Costa Pimenta critica a posição sustentada por Oliveira Ascensão e entende que o direito ao espectáculo é imprescritível (art.º 1308º CC), uma vez que se trata de um verdadeiro direito de propriedade, sobre um bem incorpóreo (um direito de propriedade intelectual), e que, por essa razão, nunca prescreve nem caduca. Afirma ainda que “ulteriores aproveitamentos só podem dar-se em termos de tolerância do proprietário”⁹⁸.

Tal como sustenta Oliveira Ascensão, entendemos que a actualidade é, de facto, um factor relevante nos espectáculos de natureza desportiva. Aquilo que atrai os espectadores é a incerteza desde o princípio até ao final, do resultado que vai sendo

⁹⁷ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 20), pp. 597-598.

⁹⁸ José da Costa Pimenta, op. cit. (na nota 9), pp. 61-61.

construído no decorrer da partida. No entanto, não compreendemos o porquê de considerar “absurdo” atribuir ao direito ao espectáculo um prazo de duração igual ao aplicável ao direito conexo dos artistas intérpretes ou executantes, com a fundamentação de se tratar de uma mera prestação empresarial, quando o direito conexo dos produtores de fonogramas e videogramas tem a mesma duração do direito conexo dos artistas intérpretes e executantes e também comporta em grande medida a protecção de uma prestação empresarial, e um dos seus fundamentos é idêntico ao do direito ao espectáculo, ou seja, o investimento e o esforço produtivo (art.º 183º n.º 1 do CDADC).

Em relação à conclusão de José da Costa Pimenta, uma vez que considera que se trata de um direito de propriedade intelectual e todos estes têm uma duração estipulada, porque é que a duração do direito ao espectáculo vai de forma contrária com o sistema? Ao concluir que o direito ao espectáculo não prescreve, nem caduca, e o facto de considerar que se trata de um direito de propriedade intelectual e ser o único que não conhece prazo de duração limitada, não faz sentido. Se pensarmos num jogo de futebol histórico em que uma equipa é campeã, que passe num canal específico, passados 70 anos, quando essa mesma equipa volta a ser campeã, é certo que vai gerar receita publicitária ao seu organismo de radiodifusão. Será que ainda está dentro do respectivo período normal de exploração? E se a resposta for afirmativa, será que faz sentido que o direito ao espectáculo tenha um prazo superior ao dos direitos conexos dos artistas intérpretes e executantes e do produtor de videograma, como sugere Costa Pimenta? A nosso ver, tem de se conhecer prazo para o direito ao espectáculo.

Em nosso entender, não faz sentido atribuir ao direito ao espectáculo uma duração superior nem idêntica aos restantes direitos conexos, porque como apontámos, consideramos a actualidade dos espectáculos desportivos um factor relevante, mas também não pensamos que deva ser efémero como sugere Oliveira Ascensão. Afirma ele: “passado o período normal de exploração do espectáculo a utilização torna-se livre. Se alguém quiser fazer agora a exibição de jogos das anteriores Taças do Mundo de futebol, pode fazê-lo livremente. O direito caducou quando se deixou de fazer o aproveitamento do espectáculo como acontecimento actual (...) Dai por diante o direito extingue-se, e o direito de autorizar caduca (...) Porque o direito do

organizador é um direito actual ao espectáculo, remunerações que sobrevenham depois não lhe respeitam mais”⁹⁹.

Por isso, procurámos encontrar uma duração equilibrada que confira segurança jurídica ao organizador de espectáculos desportivos. E encontramos-la no lugar paralelo das bases de dados. Ao direito ao espectáculo deve reconhecer-se uma duração semelhante à conferida ao fabricante das bases de dados, sendo esta de 15 anos, uma vez que têm como semelhante o fundamento, a protecção do investimento e esforço produtivo do empresário. No art.º 16º do Decreto Lei 122/2000, de 04 de Julho, a lei confere um prazo de 15 anos a contar de 01 de Janeiro do ano seguinte ao da sua data de fabrico. No entanto, entendemos que o prazo para o direito ao espectáculo só começa a contar quando exista fixação do espectáculo em causa, caso contrário não corre o risco de futuros aproveitamentos do mesmo, e deve começar a contar a partir da execução do espectáculo.

⁹⁹ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 20), pp. 597-598.

VII. O DIREITO AO ESPECTÁCULO NO DIREITO COMPARADO

Neste capítulo, vamos analisar algumas soluções que têm vindo a ser encontradas por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros no que diz respeito à questão da existência ou não de um direito ao espectáculo desportivo. Trataremos o regime jurídico brasileiro, francês, inglês e norte-americano.

No ordenamento jurídico brasileiro, o *direito de arena*¹⁰⁰ foi inicialmente regulado na Lei de Direitos Autorais, no art.º 100º e 101º da Lei n.º 5.988/73¹⁰¹, de 14 de Dezembro, da República Federativa do Brasil. Posteriormente, a previsão deste direito passou a constar na “Lei Zico”, Lei n.º 8.672/93, no seu art.º 24º, que o retirou das Leis de *Direitos Autorais*. Por sua vez, a “Lei Zico” foi revogada pela “Lei Pelé”, Lei n.º 9.615/98, recentemente alterada pela Lei n.º 12.395¹⁰² de 16 de Março de 2011, que institui as normas gerais sobre o desporto¹⁰³.

Tem sido entendido pela doutrina que o *direito de arena* tem consagração constitucional no art.º 5º, inciso XXVIII, alínea a) da Constituição Federal de 1988. Assim, o que está verdadeiramente tutelado é o direito à imagem enquanto direito de personalidade, que apenas nos permite retirar protecção relativamente à participação patrimonial do atleta, ou seja, da contrapartida monetária de que irá beneficiar enquanto titular do direito¹⁰⁴.

O *direito de arena* consiste no direito que é atribuído à entidade que organiza e apresenta o espectáculo desportivo (a que está vinculado o atleta), “(...) de autorizar ou proibir a respectiva transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou

¹⁰⁰ Arena significa o local destinado à prática desportiva, enquanto que o direito de arena corresponde à titularidade jurídica e todos os direitos que surgem a partir do momento em que o evento ocorre. Oliveira Ascensão, “Uma inovação da Lei Brasileira: O Direito de Arena”, *Separata Direito e Justiça*, Volume I, Lisboa, 1980, pp. 91-99.

¹⁰¹ Antiga Lei dos Direitos Autorais. Hoje em dia os direitos de autor estão previstos na Lei nº 9.610/98, e o direito de arena, na Lei nº 9.615/98.

¹⁰² Que dispõe o seguinte: “Art.º 42º Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espectáculo desportivo de que participem.”

¹⁰³ Carlos Eduardo Ambiel, “Direito de arena dos atletas profissionais: titularidade, abrangência, forma de repasse e natureza jurídica”, *Revista do advogado*, São Paulo, 2014, pp.14-16.

¹⁰⁴ Cláudia Trabuco, op. cit. (na nota 27), pp. 140-142.

processos de espectáculo desportivo público com entrada paga” (art.º 100º da Lei de Direitos Autorais de 1973, Lei n.º 5.988/1973). Trata-se de uma criação jurídica destinada concretamente para actividades desportivas, desta forma nenhuma outra actividade se pode fazer valer deste direito.

Em primeiro lugar, importa referir que a prerrogativa de negociar, autorizar ou proibir a captação, fixação, emissão, transmissão, retransmissão ou reprodução de imagens pertence às entidades de prática desportiva (empresa ou associação desportiva). Entende-se desta forma que o *direito de arena* pertence sempre aos clubes desportivos (entidades de prática) e jamais a outras entidades organizadoras (federações ou confederações) ou aos atletas. A título exemplificativo, se dois clubes do Rio de Janeiro se enfrentarem no domingo pelo Campeonato Brasileiro de Futebol, o direito de autorizar a transmissão do espectáculo à emissora televisiva pertencerá aos clubes. No entanto se ambos os clubes, passado uma semana se voltarem a enfrentar, ainda que no Brasil, mas pela final da Taça Libertadores da América, sendo a competição organizada pela Conmebol, que não está sujeita às leis brasileiras, os clubes neste caso não teriam o *direito de arena*, pelo que não teriam o direito de autorizar a transmissão deste jogo. Assim, pudemos observar que a titularidade do *direito de arena* pertence à entidade a que pertence o atleta, ou seja, os clubes desportivos, mas a sua abrangência está limitada às competições organizadas no território nacional pelo que não produz qualquer efeito em competições internacionais.

Com a reforma, alterou-se a percentagem e o modo de cálculo dos valores auferidos pelos atletas profissionais quando participam no espectáculo. A lei atribuía “salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento”. Com alteração de Março de 2011 estabeleceu-se a repartição de 5% das receitas aos atletas: “Art.º 42 § 1º- Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil”.

O que acontece é que a redacção actual reduziu a percentagem para 5 % (e não 20%), mas ampliou a base de cálculo e passou a incluir todos os valores auferidos pela entidade organizadora das receitas resultantes da exploração patrimonial do espectáculo (anteriormente o valor era apenas apurado com base no montante obtido pela entidade organizadora relativamente à transmissão, e não tinha em conta receitas diversas como por exemplo o licenciamento de marcas, símbolos, nomes do campeonato, etc.). Trata-se no fundo, de uma compensação indirecta pela exploração económica da imagem do atleta.

Outro ponto alterado pela reforma foi a isenção de pagamento sobre o *droit de arena*, anteriormente o período estabelecido era de 3 minutos, independentemente da duração do espectáculo, com a alteração de 2011 estabeleceu-se que, quando o total da transmissão não for superior a 3% da duração do espectáculo¹⁰⁵.

Na ordem jurídica francesa podemos verificar que, à semelhança do regime jurídico brasileiro, é reconhecida protecção legal relativamente aos direitos exclusivos de exploração face aos organizadores de espectáculos desportivos¹⁰⁶. No entanto, apesar de haver um reconhecimento do direito do organizador à exploração do evento, que consequentemente impede terceiros de se apropriarem de possíveis benefícios comerciais, apenas corresponde ao poder do organizador de autorizar/proibir e não a um direito ao espectáculo propriamente dito.

O *Code du Sport*, no seu Capítulo III – *Exploitation des Manifestation Sportives*, Título I, salienta no L.333-1 que *Les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives mentionnés à l'article L. 331-5, sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent*¹⁰⁷. Os artigos seguintes (L.333-2 – L.333-5) dispõem acerca das formas de exercício deste

¹⁰⁵ Carlos Eduardo Ambiel, op. cit. (na nota 104), pp.16-21.

¹⁰⁶ Aaron Wise, “Le “droit de propriété” sur un spectacle sportif points de vue de différentes juridictions”, *Revue Juridique et Economique du Sport*, n.º44, Lamy, 1997, p. 18, Dan Harrington, “Sports Rights and the Media- Part One- Public Domain or Private Property?”, *Sports Law Administration and Practice*, Vol.8, nº5, 2001, pp. 11-12.

¹⁰⁷ Tradução nossa: As federações desportivas e os organizadores desportivos mencionados no artigo L. 331-5, são proprietários do direito de exploração dos seus eventos desportivos ou das competições que organizam.

direito. O direito à informação, previsto no artigo L333-7 do *Code du Sports*, configura-se como um limite ao direito do organizador do espectáculo¹⁰⁸.

A Federação mantém, nas competições oficiais, a qualidade de organizadora nos termos da lei, embora o evento seja concretamente organizado pelos clubes. No entanto, as receitas provenientes do espectáculo desportivo são divididas entre a Federação, a liga profissional e clubes.

O droit des organisateurs d'événements sportifs tem sido entendido pela maioria da doutrina como um direito de propriedade incorpóreo a favor do organizador do espectáculo, apesar de alguns entenderem que se trata de um direito *sui generis* de propriedade intelectual¹⁰⁹.

Passando à análise nos países da *Common Law* trataremos o Reino Unido e os Estados Unidos, que poderemos verificar que tratam o tema em apreço de formas dissemelhantes.

No Reino Unido¹¹⁰ não existe uma definição legal de direitos de transmissão televisiva de espectáculos (*sports broadcasting rights*) que seja relevante, nem nenhuma autoridade judicial se tem preocupado em defini-la, o que, como veremos, não significa que o direito não exista¹¹¹.

Os tribunais no Reino Unido têm-se apoiado numa decisão judicial proferida pelo Tribunal Australiano no caso *Victoria Park Racing and Recreation Grounds Company Ltd vs Taylor and others*. O caso tratou-se de uma acção intentada pelo organizador de uma corrida de cavalos num hipódromo contra Taylor (o primeiro réu). Taylor era proprietário de um terreno adjacente ao hipódromo, e por isso decidiu construir uma plataforma elevada a partir da qual o comentador podia assistir em primeira mão, não só à corrida como à afixação dos resultados da mesma e de toda a

¹⁰⁸ Consulte-se informação mais detalhada em: www.jurisexpert.net/rappels-juridiques-les-droits-retransmissions-tele-evenements-sportifs/

¹⁰⁹ Consulte-se em: <http://www.arjel.fr/IMG/pdf/droit-au-pari-20130128.pdf>

¹¹⁰ Quando nos referimos ao Reino Unido, estamos a analisar o sistema de Inglaterra e País de Gales, não estamos, desta forma, a referir-nos à Escócia e à Irlanda do Norte.

¹¹¹ Jorge Martins, op. cit. (na nota 38), p. 22.

informação relevante. Por esse motivo, acordou com o segundo réu que este transmitiria os acontecimentos da corrida, bem como os resultados durante o decorrer do evento, na sua estação de rádio.

Pelo sucedido, o organizador da corrida intentou uma acção com o fundamento de que pela referida transmissão os potenciais espectadores estariam dissuadidos a presenciar o evento, o que consequentemente teria gerado perdas significantes nas receitas. Porém, o tribunal considerou que apesar de o organizador do espectáculo ter investido tempo e dinheiro na concretização da corrida, não significa que tenha a titularidade sobre os acontecimentos nem que um terceiro careça de um pedido de autorização ao organizador para descrever aquilo que observa. Nas palavras de Latham CJ, *“I find difficulty in attaching any precise meaning to the phrase ‘property in a spectacle’. A ‘spectacle’ cannot be ‘owned’ in any ordinary sense of that word”*¹¹².

A lei britânica não reconhece os direitos exclusivos de transmissão dos espectáculos aos respectivos organizadores. Desta forma, os organizadores de espectáculos têm de recorrer a outros institutos e reforçar os limites e as condições contratuais para proteger o espectáculo, como por exemplo exercer os *arena rights* (direitos de acesso ao recinto) com atenção e contratar com os espectadores os limites à fixação e difusão do evento. Se não o fizerem não poderão reclamar qualquer utilização parasitária de terceiro que não esteja previamente estipulada.

A tarefa não é tão simples, uma vez que, a partir do momento em que o evento é objecto de fixação para transmissão televisiva, passa a ser o organismo de radiodifusão quem tem o direito exclusivo sobre a fixação, pelo que é este quem tem o direito de autorizar ou impedir quaisquer posteriores utilizações. No entanto, pode ser definido contratualmente de outra forma.

O *Central Council of Physical Recreation* elaborou um código de conduta de que vários organismos responsáveis pelo desporto no Reino Unido são signatários (por exemplo: a *FA Premier League*, *Lawn Tennis Association*, *Rugby Football Union*...).

¹¹² Adrian Barr-Smith, *Tv Rights and Sports Legal Aspects*, organizado por Ian Blackshaw e Steve Cornelius, Robert Siekman Editores, Haia, 2009, pp. 549-551, Dan Harrington, op. cit. (na nota 108), pp. 9-12.

Os signatários comprometeram-se a seguir nas negociações, o código sobre os seus direitos televisivos¹¹³.

Por último, nos Estados Unidos da América,¹¹⁴ a jurisprudência tem reconhecido um *quasi-property right* ao organizador do espectáculo desportivo.

É importante referir uma sentença de 1996 de um Tribunal de Nova Iorque¹¹⁵. A Motorola desenvolveu e comercializou um *beeper* electrónico portátil denominado “*SportsTrax*” que pelo preço de 200\$ fornecia aos seus utilizadores toda a informação em tempo real acerca de todos os detalhes dos jogos de basquetebol da NBA. A decisão judicial foi a favor da NBA, que por sua vez obteve do Tribunal uma ordem de interdição da venda dos *beepers*, com o fundamento de que, não se tratando de um direito de autor da NBA sobre os jogos, mas sim sobre um direito de propriedade (*proprietary right*) sobre o espectáculo, o Tribunal entendeu que a venda dos *beepers* poderia causar prejuízo nos lucros do trabalho da NBA, e que a informação facultada pelos *beepers* em tempo real era considerada parte essencial do direito de propriedade da NBA.

A nível mais geral, o conteúdo acerca da transmissão televisiva de eventos desportivos encontra-se no *Sports Broadcasting Act*¹¹⁶, que excepciona a negociação dos direitos de transmissão televisiva das normas gerais da concorrência.

Pelo exposto, podemos concluir que nos Estados Unidos da América se reconhece ao organizador do espectáculo (clube ou liga) um verdadeiro direito de propriedade sobre o evento, como resultado do que foi investido e do esforço organizativo do seu trabalho¹¹⁷.

¹¹³ Adrian Barr-Smith, op. cit. (na nota 113), p.557.

¹¹⁴ Henri M. Abromson, “The copyrightability of sports celebration moves:dance fever or just palin sick?”, *Marquette sports and law review*, Milwaukee, Vol. 14, nº2, 2004, Aaron Wise/Bruce Meyer, *International sports law and business*, volume III, editora, 1997, pp. 1714- 1725.

¹¹⁵ Aaron Wise, op. cit. (na nota 108), pp. 7-10.

¹¹⁶ O SBA não sofreu qualquer alteração desde a sua aprovação em 1961, o que por vezes torna confuso e pouco clarificante para as ligas desportivas, uma vez que as inovações tecnológicas não param de evoluir.

¹¹⁷ Aaron Wise, op.cit. (na nota 108), p. 7.

Se porventura surgir um caso de uso não autorizado de conteúdos que resultem do evento, os tribunais têm qualificado o comportamento como apropriação ilegítima de um direito de propriedade sobre os jogos. Compreende-se por direito de propriedade o direito pleno e exclusivo do organizador de dispor do espectáculo de todas as formas legalmente permitidas.

Após uma breve análise dos vários regimes jurídicos, podemos concluir que o organizador do espectáculo merece protecção contra quaisquer actos de terceiros que pretendam retirar vantagem comercial do seu evento, e pudemos observar que o regime jurídico em variados ordenamentos jurídicos está longe de ser claro e competente de forma a conferir a protecção adequada.

VIII. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO ESPECTÁCULO

“O direito ao espectáculo, como direito que incide sobre um resultado de uma prestação empresarial, é um direito sobre uma coisa incorpórea (...) porquanto recai sobre um resultado imaterial que é o espectáculo (...) composto por um conjunto de prestações de facto nascidas de três actividades distintas, humanas, cerebrais e *quicá* espirituais: a de criação do evento (...), é preciso elaborar e equacionar regras e estratégias (no caso dos espectáculos desportivos), a de prestação de uma actividade física de natureza efémera executada por (...) desportistas, e a organizacional prestada pelos produtores dos mesmos eventos”¹¹⁸. No entanto, como já várias vezes salientámos, importa recordar que a realidade dos espectáculos desportivos é diferente dos espectáculos artísticos por não envolver uma actividade intelectual criadora, não sendo protegida pelo CDADC, ou seja, objecto de um direito de natureza intelectual em sentido estrito. Há aí resultado imaterial da actividade empresarial em sentido lato, mas fora da órbita do direito de autor e direitos conexos.

Antes de concluirmos qual a nossa posição quanto à natureza jurídica do direito ao espectáculo, iremos mencionar quais as diferentes posições doutrinárias.

Para uma parte da doutrina, no qual encontramos o Professor Oliveira Ascensão¹¹⁹, a incorporalidade dos bens de natureza intelectual não permite a sua qualificação como verdadeiros direitos de propriedade, pela impossibilidade de domínio físico absoluto sobre os bens imateriais, não sendo susceptíveis de posse nem de apropriação exclusiva. No nosso caso, estando-se perante uma prestação organizacional e empresarial, tal não poderá tratar-se de uma realidade apropriável. O direito ao espectáculo implica o reconhecimento de um novo direito intelectual, em benefício do organizador, cujo fundamento é o costume. “Há pois um costume, solidariamente implantado, que levou à criação de um novo direito intelectual, ao lado dos restantes. Se quisermos, diremos que o direito da empresa que organiza o espectáculo é um direito conexo ao direito de autor, além daqueles três que são habitualmente referidos. (...) O direito dos clubes desportivos ao espectáculo desportivo público é apenas um

¹¹⁸ Mafalda Sebastião, op. cit. (na nota 10), p. 216.

¹¹⁹ Cf. Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 1), p. 53.

trecho de um direito mais vasto: o direito do organizador ao espectáculo a que deu vida.”¹²⁰. No entender daquele autor, a tutela do direito ao espectáculo não pode ser compreendida através de outros institutos.

Porém, como já pudemos verificar o problema do direito ao espectáculo desportivo e artístico é diferente, e nos espectáculos desportivos, não estamos perante uma criação ou execução de obra literária e artística, pelo que não concordamos com a generalização relativamente aos vários tipos de espectáculos, solucionado através da criação de um novo direito intelectual para todos, com o fundamento de que o objecto do direito é o espectáculo e sendo uma coisa incorpórea, é o aproveitamento do mesmo, visto de forma autónoma relativamente à actividade empresarial que justifica a criação de um novo direito conexo. Pensamos de forma diferente, até porque a regra nos espectáculos desportivos é de que não existe qualquer prestação artística e por isso, consideramos que existe um caminho mais adequado. Ainda para mais, ao contrário do que acontece no direito de arena brasileiro, o atleta em Portugal não é equiparado a artista¹²¹.

Por sua vez, a outra parte da doutrina, na qual se integra Costa Pimenta¹²², defende o direito ao espectáculo como direito de propriedade. Este autor afirma que “(...) para nós, sobre o espectáculo, desportivo ou não, incide o velho e ‘verdadeiro’ direito de propriedade, com a particularidade resultante da sua natureza incorpórea ou imaterial”. O autor considera que os direitos de autor e de propriedade industrial são verdadeiros direitos de propriedade¹²³ e que a propriedade pode ter por objecto outros tipos de bens incorpóreos, que não apenas os direitos de autor e a propriedade industrial, uma vez que, segundo o art.º 1303º n.º 2 do CC, a expressão “propriedade intelectual” deve ser entendida em sentido amplo. “Os direitos de exploração são a expressão do direito de gozar e dispor da coisa (conteúdo do direito de propriedade) e o direito de difusão é a consequência jurídica do direito de propriedade¹²⁴”. Desta

¹²⁰ Oliveira Ascensão, op. cit. (na nota 1), pp. 53-54.

¹²¹ Art.º 19º da Convenção de Roma de 1961 sobre os direitos conexos, à qual Portugal não aderiu.

¹²² José da Costa Pimenta, op. cit. (na nota 9), pp. 62-63.

¹²³ O autor define o direito de propriedade como “o direito que consiste num poder directo, imediato e exclusivo sobre uma coisa, cujo titular “goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância dos preceitos por ela impostos – art.º 1305 do CC”.

¹²⁴ Jorge Martins, op. cit. (na nota 38), p. 21.

forma, por não existir qualquer regime jurídico próprio, o organizador do espectáculo tem um direito de propriedade sobre o espectáculo, sobretudo quando este decorre em recinto de que seja proprietário, permitindo-lhe usar, fruir e dispor dos direitos do espectáculo, aplicando-se, por sua vez, todas as regras previstas para o direito de propriedade (que se conciliem com a natureza incorpórea e imaterial) constantes no CC.

Esta concepção merece reparos. Na verdade, muitas vezes nenhum dos clubes é proprietário do estádio em que o espectáculo se realiza, o espectáculo tem carácter público, e de acordo com o art.º 1303º do CC, o direito ao espectáculo não integra os direitos de autor nem a propriedade industrial e, mais importante, o direito ao espectáculo desportivo não é um bem intelectual em sentido próprio, pelo que a divergência doutrinária que subsiste à volta do art.º 1303º do CC não se revela pertinente quando já acima concluímos que o espectáculo é o simples resultado imaterial de uma actividade empresarial em sentido lato. Afirmar que neste artigo o termo “intelectual” tem um sentido amplo não vai além de um jogo de conceitos para fundar uma construção jurídica.

Outros autores entendem que o direito se fundamenta num vínculo contratual estabelecido entre o organizador do espectáculo e o comprador. O comprador do bilhete está obrigado a respeitar as condições gerais estatuídas e está impedido de praticar certas actividades. Desta forma, o organizador do espectáculo, tendo a faculdade de restringir certas actividades, impõe aos espectadores que se privem de utilizar qualquer meio de reprodução técnica. Se os espectadores incumprirem as obrigações estabelecidas estarão sujeitos a uma acção por incumprimento contratual.

No entanto, cabe observar que o direito ao espectáculo não tem mera origem contratual, existindo antes de qualquer contrato. Este apenas pode auxiliar na estipulação de determinadas condições, entre o clube e o espectador, atinentes ao “poder de polícia que é próprio da actividade tutelar do organizador do espectáculo”¹²⁵.

¹²⁵ Parecer 17/93 da Procuradoria Geral da República, op. cit. (na nota 14), p.330.

Outros autores, ainda, defendem que o direito tem como base o direito à imagem, o que significa que seria necessário uma autorização prévia dos atletas que participam no espectáculo, para a utilização da sua imagem (o que abrangeria a fotografia e qualquer forma de transmissão televisiva do espectáculo). O direito ao espectáculo, sob esta orientação, centrar-se-ia no atleta e não no organizador do espectáculo (art.º 26º CRP e art.º 79º CC). Este não seria o bem jurídico que se revela essencial proteger no direito ao espectáculo.

A este respeito, cabe realça-se, por um lado, que o espectáculo é público e que o direito à imagem visa primacialmente tutelar a vida privada e não actuações públicas. Por outro lado, a comunicação social não necessita de consentimento prévio e individual para estar presente num evento público e agir no âmbito do direito à informação; exigir o consentimento do atleta num espectáculo seria uma solução inadequada¹²⁶. Já se assinalou, no entanto, o lado patrimonial da exploração económica da imagem e o importante papel que o direito à imagem colectivo pode desempenhar na protecção pretendida.

Por último, importa expor a teoria de *Massaguer*¹²⁷, que compreende o direito ao espectáculo como um direito atípico, por não ser possível a sua integração nas categorias jurídicas preexistentes. Assim, o autor conclui que, por se tratar de direitos sobre bens imateriais, sendo este um direito atípico, e próximo dos direitos intelectuais devido à sua imaterialidade, deve recorrer-se às normas da propriedade intelectual, porém com prudência e tendo bem presentes as diferenças existentes entre ambos.

Expostas as várias posições quanto à natureza jurídica do direito ao espectáculo, iremos descrever a nossa posição.

Em primeiro lugar, importa salientar a protecção das bases de dados (decreto-lei n.º 122/2000, de 4 de Julho). A lei prevê que as bases de dados que constituam criações intelectuais são protegidas pelos direitos de autor (art.ºs 4º-11º). No entanto também

¹²⁶ Jorge Martins, op. cit. (na nota 38), pp.20-21.

¹²⁷ Citado por Nerea Sanjuán, op. cit. (na nota 24), pp. 294-295.

reconhece um outro direito *sui generis* (art.ºs 12º e seguintes) destinado a proteger o resultado do esforço e investimento empresarial do fabricante.

O espectáculo de natureza desportiva, mesmo não envolvendo uma criação intelectual em sentido estrito, é digno de protecção própria. Defendemos, por isso, que deve ser regulado noutra sede que não no CDADC, porventura integrado no âmbito da legislação desportiva, como já aconteceu quanto ao seu reconhecimento. Da mesma forma que se entendeu que o fabricante de bases de dados deveria ser protegido através de um direito ou regime especial, aqui se poderá dizer o mesmo. O direito dos organizadores do espectáculo desportivo, e o dos fabricantes de bases de dados, têm de semelhante os activos que pretendem tutelar – o resultado do esforço e investimento arriscado na sua produção – a que deve corresponder a faculdade de autorizar ou proibir a utilização do seu conteúdo. Desta forma, entendemos que deve ser regulamentado nesta linha, atendendo às suas particularidades e exigências.

Em suma, podemos concluir que o direito ao espectáculo desportivo visa proteger a prestação empresarial do seu titular, e justifica que se qualifique, tal como o direito das bases de dados, como um direito *sui generis*.

Tal direito carece de regulação legal específica. E, dentro de um futuro regime jurídico do direito ao espectáculo de natureza desportiva, importa salientar o tema da determinação dos titulares, por estar sempre presente mais do que um sujeito que possa qualificar-se como titular, incluindo as ligas de clubes desportivos, que para além de serem entidades reguladoras também organizam competições.

IX. CONCLUSÕES

Terminamos a presente dissertação com as principais conclusões a que chegámos. São as que se seguem.

1. Em primeiro lugar importa relembrar a definição de espectáculo que perfilhámos na execução do nosso estudo: *espectáculo é todo o evento que suponha organização segundo um plano preestabelecido*, orientado para ser recebido pelo público de forma presencial ou através de radiodifusão, com o intuito do seu recreio e satisfação, podendo ser desfrutado pela visão ou simultaneamente pela visão e audição, a título gratuito ou oneroso. Na sua origem está uma prestação empresarial em sentido lato, pelo que deve estar abrangido pela liberdade de iniciativa empresarial e económica (art.º 61º da CRP) que tem pressuposto o aproveitamento por cada um dos resultados do seu trabalho. O espectáculo, enquanto resultado empresarial, é um bem imaterial, que pode ser objecto de relações jurídicas. É importante distinguir os espectáculos que envolvem uma actividade intelectual criadora, que são um resultado da mesma (espectáculos artísticos) e, como tais, protegidos pelo CDADC, e aqueles que não têm essa dimensão criadora, mas são o resultado da actividade empresarial em sentido lato (espectáculos desportivos), os quais carecem de protecção específica de outra índole.
2. O direito ao espectáculo tem como fundamento a necessidade de proteger a prestação empresarial (resultado), de natureza imaterial, de quem organiza o espectáculo. Ao seu organizador/produtor deve ser reconhecido um direito de exploração económica exclusiva, capaz de, em termos gerais, lhe permitir recuperar e remunerar o valor do investimento realizado, protegendo-o contra aproveitamentos parasitários de terceiros que nada contribuíram para a produção do resultado e não suportaram o respectivo risco, e assegurando desse modo a sustentabilidade deste tipo de actividade.
3. Entendemos que, no caso dos espectáculos desportivos, o costume é a fonte primordial do direito ao espectáculo, embora também se lhe possa reconhecer uma histórica consagração legal. Na verdade, apenas o direito ao espectáculo do empresário de representação cénica está previsto no art.º 117º do CDAD. Quanto aos espectáculos desportivos, embora a Lei de Bases do Sistema Desportivo de

1990 o tenha reconhecido expressamente, o mesmo não sucede na actual LBAFD. Seja como for, por um lado, existe de facto um uso com convicção de obrigatoriedade: todos temos presente que não nos devemos aproveitar de um espectáculo organizado por outrem. Por outro lado, é necessário disciplinar o direito e, na falta de normas legais, o costume mostra-se importante.

4. São titulares do direito ao espectáculo as entidades que promovem a sua realização e que assumem o risco da sua exploração económica.
5. O objecto de protecção do direito ao espectáculo é, no caso do desporto, o evento fruto da actividade do seu organizador, enquanto sequência concreta de prestações desportivas, que criam um resultado (visual/visual e sonoro) susceptível de ser desfrutado pelos espectadores presentes ou que a ele têm acesso por outra via (em especial a radiodifusão). Aplica-se tanto aos espectáculos em locais públicos como aos de acesso condicionado, com carácter gratuito ou oneroso.
6. No que respeita ao conteúdo do direito, as faculdades comumente atribuídas ao empresário do espectáculo são as seguintes: autorizar os actos que representam a comunicação pública do espectáculo, ou seja, a gravação/fixação e a telecomunicação pública.
7. O direito ao espectáculo depara-se com alguns limites, salientando-se a necessidade da sua conciliação com o direito à informação e a sua sujeição ao princípio do esgotamento.
8. É necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre o direito ao espectáculo e o direito à informação, visto que ambos se limitam um ao outro. Com efeito, uma vez que o organizador do espectáculo detém a exploração do mesmo, e o direito à informação implica não ser impossibilitado de se informar, colocam-se em confronto o direito dos clubes desportivos ao espectáculo que organizam e o direito de acesso dos profissionais da comunicação social aos recintos desportivos. Para salvaguarda do primeiro é importante que seja limitada a entrada dos jornalistas nos espectáculos, com vista a acautelar o conteúdo do direito ao espectáculo e a protecção de outros direitos e interesses legítimos dos clubes, federações ou organizadores de espectáculos. Limita-se também o número de imagens e sons a fixar e difundir, com excepção da duração mínima que salvguarde o cumprimento adequado do dever de informação.
9. No que trata o direito à imagem dos atletas, quando um jogador integra um determinado clube, é ao clube que, via de regra, passam a pertencer os direitos de

imagem desse jogador, mas apenas os direitos de imagem colectiva e não a sua imagem individual.

10. Ao direito ao espectáculo deve ser conferida uma protecção de 15 anos a contar da data em que o espectáculo é realizado, sendo a *ratio* a mesma da duração conferida ao fabricante de bases de dados. No entanto, não existe qualquer regulamentação no que trata a duração do direito ao espectáculo.
11. Relativamente à análise do direito ao espectáculo no direito comparado, no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se positivado o *direito de arena*, que assegura protecção jurídica ao organizador do espectáculo. No direito francês reconhece-se aos organizadores de espectáculos desportivos protecção legal mediante direitos exclusivos de exploração. No Reino Unido não existe previsão legal nem a jurisprudência reconhece qualquer direito do organizador do espectáculo. Por último, nos Estados Unidos da América a jurisprudência tem reconhecido um *quasi-property right* ao organizador do espectáculo desportivo.
12. Relativamente à natureza jurídica, concluímos que, por o direito ao espectáculo desportivo incidir sobre um bem imaterial, e visar a protecção da prestação empresarial do seu titular, nomeadamente o esforço, investimento, compreendendo a faculdade de autorizar ou proibir a sua utilização, justifica-se que o mesmo se qualifique, tal como o direito sobre as bases de dados que não envolve criação intelectual, como um direito *sui generis*. Assim, entendemos que o mesmo deve ser sujeito a regras específicas, fora do CDADC, porventura no âmbito da legislação desportiva.
13. Dadas as inúmeras dúvidas que o rodeiam, pensamos ser importante e até urgente a sua regulamentação legal, conferindo ao organizador do espectáculo a necessária segurança jurídica e económica. O crescente interesse que a sociedade tem desenvolvido pelo desporto, tanto a nível nacional como internacional, e a sua dimensão social, cultural e económica levam a pensar, inclusive, que se trata de um tema importante a merecer a atenção da União Europeia.

X. BIBLIOGRAFIA

Alta Autoridade para a Comunicação Social, *Seminário Comunicação social e direitos individuais*, Junho, Lisboa, 1993.

Abromson, Henri M., “The copyrightability of sports celebration moves: dance fever or just palin sick?”, *Marquette sports and law review*, Milwaukee, Vol. 14, nº2, 2004, pp. 571-601.

Ambiel, Carlos Eduardo, “Direito de arena dos atletas profissionais: titularidade, abrangência, forma de repasse e natureza jurídica”, *Revista do advogado*, São Paulo, 2014, pp. 14-21.

Ascensão, José de Oliveira, “Uma inovação da Lei Brasileira: O Direito de Arena”, *Separata Direito e Justiça*, Vol. I, Lisboa, 1980.

Idem, “O Direito ao espectáculo”, *Separata do Boletim do Ministério Público*, n. 366, Lisboa, 1987.

Idem, “Direito à informação e direito ao espectáculo”, *Separata da Revista da Faculdade de Direito de Coimbra*, n. 2, Coimbra, 1990.

Idem, *Direito Civil: Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra Editora, 1992.

Idem, “Direito de Distribuição e Esgotamento”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51, Vol. III, Lisboa, 1999.

Idem, “Titularidade de licença de emissor de televisão e direito ao espectáculo: no rescaldo do litígio S. L. Benfica-Olivedesportos”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, 2002.

Idem, “O costume como fonte de direito em Portugal”, AAVV, *Seminário Internacional de Estudos sobre la Tradición*, Faculdade de Derecho de Cáceres, 9 e 10 de Noviembre de 1998, *La Costumbre, el derecho consuetudinario y las tradiciones populares en Extremadura y Alentejo* / Luís Felipe Ragel Sánchez, coordenado por Elyo Martos Núñez y Miguel Ángel Encabo Vera, Mérida, Editora Regional de Extremadura, 2000, pp. 33-38.

Bankoff, Joseph, “Legal issues in negotiation of television rights”, *Sports Law and Finance*, Vol. I, issue IV, Novembro-Dezembro, 1993, pp. 44-48.

Barr-Smith, Adrian, “United Kingdom”, Ian Blackshaw e Steve Cornelius (orgs.), *Tv Rights and Sports Legal Aspects*, Haia, Robert Siekman Editores, 2009, pp. 549-565.

Berry, Robert C. and Elenn M. Wong, “Law and Business of the Sports Industries. Common Issues”, *Amateur and Professional Sports*, Vol. II, 2nd. Edition, pp. 703-763.

Carvalho, Alberto Arons de, António Monteiro Cardoso e João Pedro Figueiredo, *Legislação anotada da Comunicação Social*, Lisboa, Casa das Letras, 2005.

Carvalho, Orlando de, *Direito das Coisas*, Coimbra, Centelha, 1977.

Carvalhosa, Sofia de Barros, *O direito à imagem do praticante desportivo profissional*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2008, pp. 114-117.

Castro, José Ribeiro e, *Lei de Bases do Sistema Desportivo Anotado e Comentado*, Lisboa, Ministério da Educação, 1990.

Colectânea de Jurisprudência, Ano XXV, Tomo V, 2000, pp. 71-78.

Cordeiro, António de Menezes, *Manual de Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 2007.

Idem, *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, 1993.

Cotterell, Leslie E., *The business and law of entertainment*, 3rd Edition, London, Sweet and Maxwell, 1993.

Cura, António A. Vieira, “O costume como Fonte de Direito em Portugal”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, Coimbra, 1999, pp. 241-272.

Enciclopédia Verbo-Luso-Brasileira da Cultura, Edição Século XXI, Editorial Verbo, Vol. 7, Lisboa, 1998.

Festas, David Oliveira, *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem*, Coimbra, 2009.

Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira, Editorial Enciclopédia, Limitada, Vol. X, Lisboa-Rio de Janeiro, 1999.

Guimarães, José Castro, *Reflexão sobre o actual art.º 211 do Código de Direito de Autor*, disponível em <http://www.emdireito.com/reflexao-codigo-direitos-autor>.

Hauser, Arnold, *A Arte e a Sociedade*, Lisboa, Editorial Presença, 1973.

Harrington, Dan, “Sports Rights and the Media. Part One. Public Domain or Private Property?”, *Sports Law Administration and Practice*, Vol.8, nº5, 2001, pp. 9-12.

Kamina, Pascal, “Towards new forms of neighbouring rights within the European Union? Intellectual Property in the New Millennium”, *Essays in Honour of William R. Cornish*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 280-288.

Leitão, Adelaide Menezes, *A tutela dos direitos de Propriedade Intelectual na Directiva 2004/48/CE*, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 173-205.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *A transposição da Directiva 2004/48/CE sobre a aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual efectuada pela lei 16/2008, de 1 de Abril*, *Direito da sociedade de Informação*, Vol. VIII, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 281-293.

Lentze, George, “Co-ownership of Television Sports Rights”, *International Media Law*, Vol. 16, n. 6, Junho, 1998, pp. 43-45.

Marques, José Augusto Sacadura Garcia, “Direito à informação versus direito ao espectáculo: os direitos exclusivos”, *Revista do Ministério Público*, n. 56, Lisboa, Outubro-Dezembro, 1993.

Idem, “Desporto, Estado e Sociedade Civil – à volta de alguns temas de direito desportivo”, *Sub Judice*, n. 8, Coimbra, 1994, p. 28.

Martins, António Gomes, José Joaquim de Oliveira Branquinho, *Pareceres do conselho consultivo da Procuradoria-Geral da República sobre direito desportivo: colectânea de textos*, Lisboa, Ministério da Educação, 1994.

Martins, Jorge Herberto da Costa Ramos, *O Direito à Informação versus o Direito ao Espectáculo*, Lisboa, Seminário de Direito Constitucional, 1999.

Meirim, José Manuel, “O direito à informação desportiva: elementos para uma anotação ao art. 19 da lei n. 1/90, de 13 de Janeiro”, *Revista do Ministério Público*, n. 46, Lisboa, 1991, pp. 47-70.

Idem, *Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto, Estudo, Notas e Comentários*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Mello, Alberto de Sá e, “Filmagem de espectáculos desportivos e ‘direito de arena’”,

Separata da *Revista Jurismat*, nº1, Portimão, 2012.

Mendes, Evaristo, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2010.

Oliveira, Pedro António Maia, “A compatibilidade entre o direito ao espectáculo desportivo e o direito à informação”, *Scientia Iuridica*, Braga, n. 322, Abril- Junho, 2010, pp. 321-346.

Idem, *A negociação centralizada de direitos televisivos na óptica do direito da concorrência Compilações doutrinárias*, Verbojurídico, Março, 2009, disponível em www.verbojuridico.com.

Pimenta, José da Costa, “Propriedade do espectáculo e liberdade de acesso às fontes de informação”, *Polis, Revista de estudos jurídico-políticos*, Lisboa, n. 1, Outubro-Dezembro 1994, pp. 55-87.

Rebello, Luiz Francisco, *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Anotado*, 3.ª edição, Lisboa, Âncora Editora, 2002.

Idem, *Introdução ao Direito de Autor*, Vol. I, Lisboa, Sociedade Portuguesa de Autores/Publicações Dom Quixote, 1994.

Rocha, Maria Victória, *A originalidade como requisito de protecção de obra pelo Direito de Autor: algumas reflexões*, 2003, disponível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/autor/originalidade.html>.

Sebastião, Mafalda Maria Rodrigues dos Santos, *O Direito do Produtor de Espectáculos*, Lisboa, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2011.

Silva, Pedro Sousa e, “O esgotamento de direitos industriais”, Coordenado por Oliveira Ascensão, *Direito Industrial*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 453-480.

Sanjuán, Nerea, “Derechos de imagen y derechos audiovisuales en el deporte profesional”, *Revista jurídica del deporte*, Pamplona, n. 12, 2004, pp. 277-310.

Silance, Luc, “L’organisation de spectacles sportifs et l’athlète: les droits ‘intellectuels’”, AAVV, *Le Spectacle Sportif: actes du Colloques de Limoges du 12 au 14 Mai 1980*, Limoges, Presses Universitaires de France, Publications de la Faculte de Droit et de Sciences Economiques de Limoges, 1981, pp.147-158.

Trabuco, Cláudia, *O direito ao espectáculo e o direito à imagem dos desportistas:*

cotejo dos direitos português e brasileiro, Desporto & direito, Revista jurídica do desporto, nº29, Coimbra, 2013, pp. 129-152.

Telles, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

Vinagre, Marta, “Costume: forma de expressão do direito positivo”, *Revista de Informação Legislativa*, Ano 25, nº99, Julho-Setembro, Publicação da Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, 1988, pp. 109-126.

Vieira, José Alberto, *A estrutura do Direito de Autor no Ordenamento Jurídico Português*, Lisboa, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.

Wise, Aaron, “Le ‘droit de propriété’ sur un spectacle sportif points de vue de différentes juridictions”, *Revue Juridique et Economique du Sport*, n. 44, Lamy, 1997, pp. 5-19.

Wise, Aaron and Bruce Meyer, *International sports law and business*, Vol. III, Kluwer Law International, 1997, pp. 1697-1744.

Xavier, Antonio, *As Leis do Espectáculo e Direitos de Autorais. Do teatro à Internet*, Coimbra, Almedina, 2002.

FONTES

Autoridade Nacional de Comunicações, disponível em

<http://www.anacom.pt/>

Deliberações aprovadas pelo Conselho Regulador, disponível em

<http://www.erc.pt/pt/noticias/deliberacoes-aprovadas-pelo-conselho-regulador-actualizacao>

Jurisprudência utilizada no trabalho, disponível em

<http://www.dgsi.pt/>

Legislação Francesa, disponível em

<http://www.legifrance.gouv.fr>

Legislação da União Europeia, disponível em

<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Legislação Portuguesa, disponível em

<https://dre.pt/>

Legislação do Reino Unido, disponível em

<http://www.legislation.gov.uk>

O direito de arena e imagem para os jogadores de futebol e demais atletas após a lei nº 12.395 de 2011 (Brasil), disponível em

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6357/O-direito-de-arena-e-imagem-para-os-jogadores-de-futebol-e-dema-is-atletas-apos-a-lei-n-12395-de-2011>

Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 17/93, Boletim do Ministério da Justiça, primeira e segunda parte, disponível em

<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/d5da082e5232b5e88025661700420ee3?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/Por+Relator/D5DA082E5232B5E88025661700420EE3/?OpenDocument>

Rappels juridiques sur les droits de retransmissions télé des événements sportifs (França), disponível em

<http://www.jurisexpert.net/rappels-juridiques-les-droits-retransmissions-tele-evenements-sportifs/>

Study on sports organisers' rights in the EU, disponível em

http://ec.europa.eu/sport/news/2014/study-on-sport-organisers-rights_en.htm